

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Civil**



**TESIS DOCTORAL**

**El tercero del artículo 32 de la ley hipotecaria**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Teresa Asunción Jiménez París**

**Madrid, 2015**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322943712

TE  
62

**TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS**

# **EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY HIPOTECARIA**

**TESIS DOCTORAL**

*Dirigida por el Catedrático de Derecho Civil*

*Prof. Dr. Dr. Manuel García Amigo*

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
Madrid, 2004

**AAMN.** ..... Anales de la Academia Matritense del Notariado.

**ADC.** ..... Anuario de Derecho Civil.

**Art.** ..... Artículo

**Arts.** ..... Artículos

**BCEHC.** ..... Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña.

**BCRE.** ..... Boletín del Colegio de Registradores de España.

**BCRP.** ..... Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad.

**B.G.B.** ..... Código Civil alemán

**CC.** ..... Código Civil

**CCJC.** ..... Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.

**C. de C.** ..... Código de Comercio.

**CDO.** ..... Considerando

**Cfr.** ..... Confróntese

**Coord.** ..... Coordinador

**CP.** ..... Código Penal

**Cva.** ..... Cursiva

**Cva. orig.** ..... Cursiva en el original.

**DGRN.** ..... Dirección General de los Registros y del Notariado.

**DRAE.** ..... Diccionario de la Lengua española. Real Academia española.

**Instr.** ..... Instrucción

**La Ley** ..... La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.

**LAU.** ..... Ley de Arrendamientos Urbanos.

**LCH.** ..... Ley Común Hipotecaria de Prusia de 20 de diciembre de 1783.

**LEC.** ..... Ley de Enjuiciamiento Civil.

**LECA.** ..... Ley de Enjuiciamiento Civil antigua.

**LH.** ..... Ley Hipotecaria

**Loc. cit.** ..... Lugar citado.

**LRDA.** ..... Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

**Negr.** ..... Negrita

**Ntro/s.** ..... Nuestro/s

**Op. cit.** ..... Obra Citada

**P.e.** ..... Por ejemplo  
**RCDI.** ..... Revista  
 Crítica de Derecho Inmobiliario.  
**R.D.** ..... Real Decreto  
**RDN.** ..... Revista de Derecho  
 Notarial.  
**RDP.** ..... Revista de  
 Derecho Privado.  
**RGD.** ..... Revista  
 General de Derecho.  
**RGLJ.** ..... Revista General  
 de Legislación y Jurisprudencia.  
**RH.** ..... Reglamento Hipotecario  
**RJA.** ..... Repertorio de  
 Jurisprudencia Aranzadi.  
**R.O.** ..... Real Orden  
**STS.** ..... Sentencia del  
 Tribunal Supremo.  
**SSTS.** ..... Sentencias  
 del Tribunal Supremo.  
**Subr.** ..... Subrrayado  
**TS.** ..... Tribunal Supremo  
***Ut infra.*** ..... Aquí abajo,  
 después. [Designa un texto  
 posterior]  
***Ut supra.*** ..... Aquí arriba.  
 [Designa un texto anterior].

***Vid.*** ..... Véase.



## ÍNDICE GENERAL

Lista de abreviaturas.....	III
PREÁMBULO.....	1
 <b>CAPÍTULO I.- LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO.</b>	
I. PRELIMINARES.....	4
II. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL DERECHO DEL REINO DE CASTILLA.....	5
1. La Pragmática de 1539, el Auto Acordado de 1713 y la Pragmática de 1768.....	5
2. Interpretación de estas disposiciones en el marco del Derecho Civil de la época.....	16
2.1. El objeto registrable de la Contaduría de Hipotecas.....	17
2.2. Carácter que tuvo la toma de razón en la Contaduría de Hipotecas y efectos derivados de su falta.....	22
III. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL DERECHO DE LA CORONA DE ARAGÓN.....	34
1. En el Derecho Foral Aragonés.....	34
2. En el Derecho Foral Catalán.....	36
3. En el Derecho Foral Valenciano.....	37
4. Extensión de la Pragmática de 31 de enero de 1768 a la Corona de Aragón y problemas que suscitó su aplicación en Cataluña.....	37
IV. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL REINO DE NAVARRA.....	41
1. Los Registros de mayorazgos y de fideicomisos.....	41
2. El Oficio de Hipotecas en Navarra.....	42
V. LA FALTA DE TOMA DE RAZÓN EN LAS CONTADURÍAS U OFICIOS DE HIPOTECAS A RAÍZ DE LOS DECRETOS DECIMONÓNICOS.....	48

1. El Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y la Real Orden de 29 de julio de 1830, mandando observar la Instrucción que contiene para recaudar el derecho de hipotecas.	49
2. El Real Decreto de 23 de mayo de 1845 y la Circular de 28 de agosto de 1845.....	55
3. El Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, haciendo varias reformas en el sistema hipotecario y la Circular de 10 de enero de 1853 para la ejecución del Decreto de 1852.....	62
VI. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS REGISTRABLES EN LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861 .....	76
1. Preliminares .....	76
2. El artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.....	81
2.1. Significado del principio .....	83
2.2. Alteración del derecho vigente.....	88
2.3. Vicisitudes posteriores del art. 23 .....	93
2.4.- Referencia a las opiniones doctrinales que sostienen que el art. 23 LH. 1861 (art. 32 LH. vigente), tiene su precedente histórico en la Contaduría de Hipotecas.....	95

## CAPÍTULO II.- LAS TESIS DUALISTA Y MONISTA EN TORNO AL TERCERO DEL ART. 32 DE LA LEY HIPOTECARIA.

I. LA POLÉMICA SOBRE EL TERCERO DEL ART. 32 DE LA LEY HIPOTECARIA. SU APARICIÓN TRAS LA REFORMA DE 1944 - 46. MONISTAS Y DUALISTAS. PRINCIPALES REPERCUSIONES DEL SOSTENIMIENTO DE LAS TESIS DE LA UNIDAD O DE LA DUALIDAD DE TERCEROS HIPOTECARIOS.....	101
II. LOS CREADORES DE LA TESIS DUALISTA: MANUEL VILLARES PICÓ y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS.....	119
1. La construcción de MANUEL VILLARES PICÓ. Comentarios de la doctrina científica.....	119
2. La construcción de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. Comentarios de la doctrina científica.....	129

III. EXPOSICIÓN COMENTADA DE LA TESIS DUALISTA TAL Y COMO LA FORMULA EN LA ACTUALIDAD SU PRINCIPAL ADALID, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.....	149
1. Presentación preliminar.....	149
2. El argumento histórico como base de la tesis dualista.....	151
3. El principio de inoponibilidad formulado en el art. 32 de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes. El tercero hipotecario del art. 32. Aplicación del principio de inoponibilidad al caso de doble venta.....	157
4. Fundamento e ideas motrices del art. 32 LH.....	159
5. El problema de los requisitos que ha de reunir el tercero del art. 32 LH. para ser preferido frente al titular no inscrito.....	173
5.1. La propia inscripción por el tercero de su título.....	173
5.2. El título del tercero ha de ser un título válido.....	173
5.3. No es exigible el requisito de la previa inscripción del transmitente o constituyente del derecho.....	174
5.4. El art. 32 LH no exige que la adquisición del tercero sea a título oneroso.....	178
5.5. Exigencia de buena fe al tercero del art. 32 LH.....	182
6. Excepciones al principio de inoponibilidad por vía de suspensión de efectos.....	184
7. Apoyo jurisprudencial.....	188
IV. OTRAS INTERPRETACIONES DUALISTAS DEL ART. 32 LH.....	199
1. El particular y matizado dualismo de GARCÍA - BERNARDO LANDETA.....	200
2. El proteico concepto de tercero de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.....	208
V. EXPOSICIÓN COMENTADA DE LA TESIS MONISTA TAL Y COMO HA SIDO DEFENDIDA POR ROCA SASTRE Y ROCA - SASTRE MUNCUNILL.....	211
1. Presentación preliminar.....	211
2. El argumento histórico justifica la tesis monista.....	212
3. El art. 32 de la Ley Hipotecaria, una aplicación del principio de fe pública registral...	219
4. El tercero del art. 32 de la Ley Hipotecaria. Requisitos para su protección frente a títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén inscritos.....	229
4.1. En especial, el requisito de haber adquirido de quien en el Registro aparecía con	

facultad para transmitir.....	230
5. Protección dispensada al tercero por el art. 32 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 34 de la misma.....	237
6. La suspensión de la fe pública en los casos de los artículos 28 y 207 LH., en relación con la falta de inscripción de títulos de dominio o de otros derechos reales.....	239
6.1. La suspensión del art. 28 LH.....	239
6.2. La suspensión del art. 207 LH.....	240
7. Interpretación del art. 1473.2 CC. desde la perspectiva monista de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL.....	243
8. Apoyo jurisprudencial.....	246
9. Argumentos de Derecho Comparado.....	254
9.1. La norma del art. 32 LH. no es exclusiva de los sistemas de transcripción, sino que también existe en los sistemas de fe pública registral como el alemán o el suizo, por lo que no hay razón de necesidad para, en un sistema de fe pública como es el español, dar al art. 32 LH. una interpretación inspirada en el principio latino de inoponibilidad.....	254
9.2. El automatismo en el funcionamiento del Registro, propio de los sistemas latinos y producto de la no consideración de la buena fe como requisito imprescindible para obtener la protección registral, no puede considerarse como un progreso deseable.....	256
9.3. Los sistemas de transcripción responden a características institucionales distintas de las que informan el sistema inmobiliario registral español, por lo que el art. 32 LH. no puede ser interpretado en un sentido de inoponibilidad respecto de tercero, propio de aquellos sistemas.....	258
- VI. OTRAS OPINIONES MONISTAS O UNITARIAS SOBRE EL TERCERO HIPOTECARIO CONTEMPLADO POR LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 LH.....	261
1. El monismo ecléctico de COSSIO Y CORRAL, DE LA RICA Y MARITORENA y VALPUESTA FERNÁNDEZ.....	261
1.1 El monismo ecléctico de COSSIO Y CORRAL.....	262
1.2. El monismo ecléctico de DE LA RICA Y MARITORENA.....	263
1.3. El monismo ecléctico de VALPUESTA FERNÁNDEZ.....	268

2. El monismo puro de SANZ FERNÁNDEZ.....	272
3. Postura monista que da una mayor importancia al art. 32 que al art. 34 en relación al principio de fe pública registral y en cuanto a la producción de adquisiciones <i>a non domino</i> por su aplicación.....	280
4. El monismo ambiguo de URIARTE BERASÁTEGUI.....	284
VII. RECAPITULACIÓN.....	285

### CAPÍTULO III.- DEFENSA DE UNA TESIS MONISTA EN LAS RELACIONES ENTRE LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.

I. MÉTODO EMPLEADO PARA LA CONCLUSIÓN DE LA TESIS QUE SOSTENEMOS: LA INDAGACIÓN DE LA MENS LEGISLATORIS CON ARREGLO A LOS CRITERIOS O MEDIOS INTERPRETATIVOS QUE OFRECE LA TRADICIÓN JURÍDICA, LA DOCTRINA Y EL ART. 3.1 CC.....	289
II. ESCLARECIMIENTO DEL SENTIDO DEL TÉRMINO TERCERO EN EL ART. 32 LH. MEDIANTE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DE ESTE PRECEPTO.....	294
1. La aparición del <i>tercero</i> del futuro art. 32 LH. en los trabajos legislativos anteriores a 1855. Demostración de que ese tercero era un adquirente del propietario según Registro y de la inspiración germánica de tales trabajos, sobre la base de la documentación que, de los mismos, se conserva en el Archivo de la Comisión General de Codificación.....	295
2. Demostración de que la finalidad del legislador, desde 1861, fue la de otorgar una especial protección a un único sujeto, tercero hipotecario o registral, reputando por tal al que adquiriría de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir.....	325
3. Demostración de que, tanto el art. 23, como el art. 34 LH. de 1861, fueron inicialmente objeto de polémica.....	331
4. Demostración de que tanto el art. 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, como el art. 23 de la misma, tuvieron un plazo de suspensión inicial de un año, a contar desde la	

entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, plazo que fue objeto de sucesivas prórrogas, en forma paralela, por idénticas normas, hasta el 31 de diciembre de 1874.....	336
5. Demostración de que el pensamiento del legislador de 1861 era favorable a que todo adquirente de derechos reales inmobiliarios procediese de un titular previamente inscrito; del carácter transitorio y excepcional con que se concibió la posibilidad de inscribir títulos sin que estuviese previamente inscrito el derecho del transmitente y de la existencia, en el mismo instante de entrada en vigor de la LH de 1861, de terceros causahabientes de titulares registrales anteriores.....	345
5.1. Demostración de que el pensamiento del legislador de 1861 era favorable a que todo adquirente de derechos reales inmobiliarios procediese de un titular previamente inscrito.....	345
5.2. Demostración del carácter transitorio y excepcional con que se concibió la posibilidad de inscribir títulos sin que estuviese previamente inscrito el derecho del transmitente (GIMÉNEZ ROIG; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).....	349
5.3. Demostración de la existencia, en el mismo instante de entrada en vigor de la LH. de 1861, de terceros causahabientes de titulares registrales anteriores.....	355
6. Demostración de la conexión entre los artículos 23 y 34 de la LH. 1861 por virtud de la expresión "título anterior no inscrito" contenida en éste último (BARRACHINA Y PASTOR y SANZ FERNÁNDEZ) y de que la reforma incorporada en 1869 en el art. 23 de la LH., lo vincula estrechamente con el art. 34.....	357
7. Demostración de que la reforma de 1877 efectuada en el art. 34 LH. no tuvo por objeto diferenciar los terceros de los artículos. 23 y 34 LH. sino un fin bien distinto.....	363
8. Demostración de que en el sentir doctrinal de la generalidad de los autores la Ley Hipotecaria contemplaba un único tercero registral: el adquirente de un derecho real, por negocio jurídico inscrito, de una persona que en el Registro figuraba con facultades para transmitir.....	364
8.1. Doctrina científica coetánea a la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y a la Ley de reforma de aquélla de 21 de diciembre de 1869: CANALES E IBÁÑEZ; PÉREZ PEDRERO y SIDRO SURGA; SOLER Y CASTELLÓ; GALINDO DE VERA y ESCOSURA ESCOSURA y CALDERÓN NEIRA.....	365

8.2. Doctrina científica coetánea a la nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, elaborada a raíz de la Ley de reforma hipotecaria de 21 de abril de 1909. BARRACHINA Y PASTOR; MORELL Y TERRY; BERAUD y LEZÓN y CAMPUZANO Y HORMA.....	376
8.3. Recapitulación.....	381
9. Refutación de la tesis dualista atendiendo al espíritu de los trabajos preparatorios de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y al espíritu de la propia Ley de reforma, inducido de aquéllos y de su Exposición de Motivos.....	381
10. Explicación de la supresión del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909, por la Ley de 30 de diciembre de 1944, y de su posterior inclusión como artículo 32 en el Texto Refundido vigente de 8 de febrero de 1946.....	391
11. Recapitulación.....	397
III. ESCLARECIMIENTO DEL SENTIDO DEL TÉRMINO TERCERO EN EL ART. 32 LH. MEDIANTE LOS ELEMENTOS INTERPRETATIVOS LÓGICO Y SISTEMÁTICO.....	398
1. Una interpretación del art. 32 LH., aislada del conjunto del sistema, conduce al absurdo. (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y HERMIDA LINARES).....	398
2. Es preciso interpretar el art. 34 LH. en relación con el art. 38 y en términos tan generales como los de este artículo, de manera que el supuesto de hecho del art. 34 LH. se extienda a toda situación en que la presunción <i>iuris tantum</i> de existencia del derecho real inscrito y de pertenencia del mismo a su titular registral en la forma determinada por el asiento, no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral, incluido el caso de que el titular registral haya dejado de ser dueño, o haya dejado de serlo con la amplitud que consta en el Registro, por actos del propio titular registral. (HERMIDA LINARES).....	403
3. El artículo 40 LH. despeja toda duda en cuanto a quién sea el tercero contemplado en el art. 32 LH.. (ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL y HERMIDA LINARES). Comprobación de esta afirmación y refutación de diversas interpretaciones del art. 40.1.a) de la Ley Hipotecaria formuladas por GARCÍA GARCÍA.....	408
4. Una interpretación sistemática de los artículos 32 y 69 LH. despeja igualmente toda	

duda en cuanto a quien sea el tercero contemplado por aquel precepto.....	427
4.1 Contradicción entre los artículos 32 y 69 LH. que genera la interpretación autónoma del art. 32.....	427
4.2. Refutación de los argumentos dados por algunos dualistas para salvar la contradicción apuntada.....	431
5. El art. 1473.2 CC. no es un argumento en favor de la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación, sino un resultado del juego de la fe pública registral y una aplicación del art. 23 (hoy 32) de la LH.....	438
5.1. Interpretación sistemática del artículo 1473.2 CC. en relación con los artículos 32, 34, 40 y 69 de la Ley Hipotecaria.....	444
6. Otros argumentos de orden lógico y sistemático en defensa de la tesis monista.....	446
IV. EL ARGUMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL.....	458

#### CAPÍTULO IV.- LAS TESIS MONISTA Y DUALISTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. INTRODUCCIÓN.....	461
II. ESTUDIO DE LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES .....	462
1. Para ser tercero hipotecario es preciso haber celebrado el contrato con persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir.....	462
2. Sobre el art. 1473.2 CC.....	469
2.1. Supuesto de hecho del art. 1473.2 CC.....	469
2.2. Validez de la segunda disposición.....	473
2.3. Separación de las cuestiones penales relativas al delito de estafa del doble vendedor, de las cuestiones civiles relativas a la compraventa que debe prevalecer.....	474
2.4. Relación del art. 1473.2 CC. con el art. 34 LH.....	474
2.5. Aplicación del art. 1473.2 CC. aislada del art. 34 LH.....	481
3. Casos de conflicto de títulos hipotéticamente subsumibles en el art. 32 LH., o lo que es lo mismo, casos de inexactitudes procedentes de la falta de acceso al Registro de	



alguna relación jurídica inmobiliaria (art. 40.a), en relación con el art. 40 <i>in fine</i> , 32 y 34 LH.).....	486
4. Sentencias que argumentan en sentido monista como premisa ineludible para resolver el punto litigioso.....	495
5. Otras sentencias que cabe citar en apoyo de la tesis monista.....	503
6. Sentencias dualistas en <i>obiter dictum</i> .....	508
7. Otras sentencias que contienen pronunciamientos a propósito de la invocación por los recurrentes de infracción del art. 32 LH.....	514
8. La protección civil de un tercero civil frente al cumplimiento de la condición resolutoria. Arts. 1120 y 1124 CC., último párrafo.....	519
9. El tercero del art. 114 LH., un tercero distinto del contemplado en los arts. 32 y 34..	524
10. Los requisitos de protección del tercero hipotecario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	526
10.1. El negocio jurídico adquisitivo del tercero ha de ser válido en sí.....	527
10.2. El tercero hipotecario ha de ser un tercer adquirente de un derecho real.....	532
10.3. El tercero hipotecario ha de ostentar buena fe.....	537
CONCLUSIONES.....	546
JURISPRUDENCIA CITADA.....	556
BIBLIOGRAFÍA. ....	565
DOCUMENTACIÓN DEL ARCHIVO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. ....	589

## **PREÁMBULO**

La controversia doctrinal entre monistas y dualistas, partidarios los unos de la existencia de un mismo tercero germánico en los artículos 32 y 34 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946; y partidarios los otros de la existencia de un tercero autónomo, latino, en el art. 32 LH y un tercero germánico en el art. 34 LH., ha dado lugar, particularmente desde 1945, a una abundante bibliografía sobre la materia.

Tomar como objeto de tesis doctoral el estudio de quién fuese el tercero del art. 32 LH. resultaba así ardua tarea, pero procuramos llevarla a término con la esperanza y la ilusión del que realiza por primera vez un trabajo de investigación más serio y profundo.

En un primer Capítulo ("La falta de inscripción de títulos registrables en nuestro Derecho Histórico"), intentamos descubrir la existencia de precedentes del art. 32 LH. vigente, en nuestros antiguos Cuerpos Legales, y en diversos Decretos de índole inicialmente fiscal, dictados a lo largo del s. XIX, así como estudiar la incidencia que la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 tuvo sobre el Derecho Civil histórico anterior. De esta manera era posible averiguar si el art. 23 LH. 8 de febrero 1861 (correlativo con el actual art. 32 LH. vigente), era un precepto de nueva creación o un precepto que recogiese una tradición anterior.

En un segundo Capítulo ("Las tesis dualista y monista en torno al tercero del art. 32 LH.), procuramos hacer una exposición comentada y crítica de ambas tesis doctrinales,

señalando la existencia de ciertas divergencias y matices dentro de los campos monista y dualista.

Determinada la inexistencia de precedentes del art. 23 LH. 1861 en el antiguo Derecho Español, y estudiados en profundidad los argumentos dados por ambas tesis doctrinales para el sostenimiento de sus posiciones, en el Capítulo Tercero iniciamos una labor interpretativa del art. 32 LH. con arreglo a los criterios sugeridos por el legislador al intérprete en el art. 3.1 CC.. Partimos del elemento histórico (fundamental en este caso), con la finalidad de indagar cuál fuese la *mens legislatoris* del legislador de 1861. Al elemento histórico, añadimos el lógico, sistemático y el de la realidad social, resultando de esta labor interpretativa una "Defensa de una tesis monista en las relaciones entre los artículos 32 y 34 LH."

Faltaba aún comprobar qué aplicación del art. 32 LH. había efectuado el Tribunal Supremo; qué posición mantenía en cuanto a las relaciones entre los arts. 32 y 34 LH. De ahí que procediésemos a redactar el Capítulo Cuarto: "Las tesis monista y dualista en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"; jurisprudencia que es "*la mejor fuente de conocimiento del Derecho positivo*", como afirma el Profesor García Amigo.

Fruto de este estudio son las 29 Conclusiones que, a modo de antecedentes, nos han conducido a la tesis o razonamiento final que modestamente sostenemos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO**

SUMARIO. I. PRELIMINARES. - II. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL DERECHO DEL REINO DE CASTILLA. - 1. La Pragmática de 1539, el Auto Acordado de 1713 y la Pragmática de 1768. - 2. Interpretación de estas disposiciones en el marco del Derecho Civil de la época. - 2.1. El objeto registrable de la Contaduría de Hipotecas. - 2.2. Carácter que tuvo la toma de razón en la Contaduría de Hipotecas y efectos derivados de su falta.- III. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL DERECHO DE LA CORONA DE ARAGÓN. - 1. En el Derecho Foral Aragonés. - 2. En el Derecho Foral Catalán. - 3. En el Derecho Foral Valenciano. - 4. Extensión de la Pragmática de 31 de enero de 1768 a la Corona de Aragón y problemas que suscitó su aplicación en Cataluña. - IV. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL REINO DE NAVARRA. - 1. Los Registros de mayorazgos y de fideicomisos. - 2. El Oficio de Hipotecas en Navarra. - V. LA FALTA DE TOMA DE RAZÓN EN LAS CONTADURÍAS U OFICIOS DE HIPOTECAS A RAÍZ DE LOS DECRETOS DECIMONÓNICOS. - 1. El Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y la Real Orden de 29 de julio de 1830, mandando observar la Instrucción que contiene para recaudar el derecho de hipotecas. - 2. El Real Decreto de 23 de mayo de 1845 y la Circular de 28 de agosto de 1845. - 3. El Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, haciendo varias reformas en el sistema hipotecario y la Circular de 10 de enero de 1853 para la ejecución del Decreto de 1852. - VI. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS REGISTRABLES EN LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861. - 1. Preliminares. - 2. El artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. - 2.1. Significado del principio. - 2.2. Alteración del derecho vigente. - 2.3. Vicisitudes posteriores del art. 23. - 2.4.-

Referencia a las opiniones doctrinales que sostienen que el art. 23 LH. 1861 (art. 32 LH. vigente), tiene su precedente histórico en la Contaduría de Hipotecas.

## I. PRELIMINARES.

En los distintos Derechos de nuestros territorios forales es posible descubrir, ya desde el siglo XIV, e incluso antes, diversas instituciones registrales. A todas ellas, como veremos, era común el otorgar publicidad a determinados actos o gravámenes, que por carecer de manifestación posesoria, podían ser ocultados negligente o fraudulentamente en perjuicio de terceros contratantes (compradores, acreedores ...). Para ello se obligaba a su inscripción, so pena de devenir ineficaz el acto o gravamen no inscrito; el cual, por la sanción de inexistencia que le imponía la ley en aras del bien común, no podía perjudicar a tercero. En este espíritu se desarrollaron la Contaduría de Hipotecas en Castilla (extendida en el siglo XVIII a la Corona de Aragón); diversos Registros de donaciones presentes en los territorios de la Corona de Aragón; los Registros navarros de mayorazgos y fideicomisos y el Oficio de Hipotecas del Reino de Navarra.

Ya en el siglo XIX, y por obra de diversos decretos de naturaleza aparentemente fiscal, la Contaduría u Oficio de Hipotecas fue transformada en un Registro de todas las modificaciones y desmembraciones que podía experimentar la propiedad inmueble, con la nueva finalidad de dar mayor legitimidad y seguridad a las adquisiciones de dominio, evitando que los adquirentes pudieran verse sorprendidos por enajenaciones desconocidas. Ahora la publicidad alcanzará a toda suerte de derechos recayentes sobre la propiedad inmueble, tanto susceptibles de manifestación posesoria como no susceptibles de ella. Los títulos registrables, no inscritos en plazo, devienen nulos y a causa de tal nulidad, no pueden perjudicar a tercero.

Ni en el sistema registral "decimonónico" ni en el anterior, el Registro publica titularidades que vayan a sostenerse como verdaderas, con una presunción *iuris et de iure*, en beneficio de tercer adquirente que haya confiado en ellas. He aquí la gran diferencia con el

"tercer sistema de registro" establecido en España, el de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Por esta Ley, siendo la inscripción voluntaria, toda relación jurídico-real que recaiga sobre una finca, deberá constar en el registro para poder perjudicar a tercero inscrito que contrató sobre la base del Registro; de modo que lo no inscrito, no podrá afectarle, aunque existiese en la realidad jurídica con toda su eficacia.

A lo largo del capítulo iremos desarrollando esta panorámica inicial, con la finalidad de conocer las transformaciones introducidas por la Ley Hipotecaria respecto a los antiguos sistemas de Registro; las alteraciones que causó en los principios del Derecho Civil y el espíritu que movió a sus redactores. Todo ello con referencia constante a los efectos derivados de la falta de inscripción de los títulos declarados registrables por la ley.

## II. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL DERECHO DEL REINO DE CASTILLA:

### 1. La Pragmática de 1539, el Auto Acordado de 1713 y la Pragmática de 1768.

Las primeras noticias que tenemos acerca de la intención de establecer un Registro en el que se publicasen determinados gravámenes, recayentes sobre la propiedad inmobiliaria y no susceptibles de la publicidad que otorga la posesión, data del año 1528.

Efectivamente, en dicho año, reinando Don Carlos I y Doña Juana, las Cortes de Madrid formularon la petición de que los que vendiesen un censo o un tributo, o los escribanos ante quienes se otorgasen las escrituras de venta de tales censos, fuesen obligados a llevarlas ante el Escribano del Concejo del lugar del otorgamiento, **para que pudiera conocerse lo que se acensuaba y atributaba.**<sup>1</sup> Con ello se pretendía evitar, como después

---

<sup>1</sup> Petición 65 de las Cortes: "Suplican a vuestra Majestad mande que todos los censos y tributos que se echaren, que los que así los vendieren o los Escribanos ante quien passaren, sean obligados después de hechos los contratos, de llevar lo antel Escrivano de concejo del lugar adonde passare, dentro de tryinta días, **porque de alli se sepa lo que se acensua et atributa; porque será esto causa que ninguno venda mas de una vez lo que quisiere:** porque muchas veces acaesce lo contrario" (OLIVER y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la Península, islas adyacentes, Canarias, Territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*. Tomo I. Madrid, 1892.

veremos, los fraudes derivados de la ocultación de los censos previamente impuestos y los perjuicios que sufrían los terceros contratantes ignorantes de los mismos. El monarca, sin embargo, debió considerar que era suficiente para evitar dichos fraudes, obligar a los impondedores de censos a manifestar los que ya tuviesen cargados sobre sus casas y heredades, bajo la pena de tener que devolver al comprador del censo posterior, el *dos tanto* de la cuantía que éste les hubiese entregado por la imposición. Por tal motivo, el resultado de la petición de las Cortes no fue el establecimiento de un Registro, sino una Pragmática por la que se obligaba a los impondedores de censos a hacer tal manifestación, que fue la Ley II, Título XV, Libro V de la Nueva Recopilación y luego, la Ley II, Título XV, Libro X de la Novísima Recopilación.<sup>2 3</sup>

En 1538 - 1539, las Cortes de Toledo volvieron a solicitar la implantación de un Registro, por medio de su petición 64, a la cual accedió Carlos I .

**“Asimismo se excusarían muchos pleytos, sabiendo los compradores los censos y tributos, et imposiciones, et ypotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo qual encubren et callan los vendedores. Suplicamos a vuestra Majestad mande que en cada ciudad, villa o lugar donde oviere cabeça de jurisdicción, aya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de las qualidades dichas; y que no registrándose dentro de un término no hagan fe, ni pueda ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor, y que el tal Registro no se muestre a**

---

Establecimiento Topográfico “Sucesores de Rivadeneyra”. Pág., 244).

<sup>2</sup> La pena impuesta a los vendedores que ocultaban los censos anteriores consistía en abonar al comprador defraudado el *doblo* de la cuantía recibida de éste por la imposición, como dice JORDÁN DE ASSO (JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, IGNACIO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, MIGUEL. *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. Edición 5ª. Corregida notablemente y aumentada la parte histórica que comprende la introducción. Imprenta de Ramón Ruiz. Madrid, 1792. Pág. 167) y no el 2% de la cantidad defraudada, como afirma SERNA VALLEJO. (SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1996. Pág., 126).

En el DRAE de 1780, la voz “*doblo*” se define en los siguientes términos: “Lo mismo que otro tanto mas. Úsase para expresar la pena en que se condena a alguno de pagar *doblada cantidad* que la que defraudó”.

<sup>3</sup> En relación a la Pragmática de 1528, escribieron J. DE MATTIENZO, *Commentaria... in librum quintum Recollectionis Legum Hispaniae*, Mantua Carpentanae, 1580. Glosa I a Libro V, Título XV, Ley II y A. DE ACEVEDO, *Commentariorum juris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Salamanca, 1583. Comentario a Libro V, Título XV, ley II. (SERNA VALLEJO. *La publicidad inmobiliaria... Op. cit.* Pág. 126 y 127)

ninguna persona, sino que el Registrador pueda dar fe si ay o no algún tributo o venta anterior a pedimento del vendedor.

**A esto vos respondemos que mandamos que se haga assí como nos lo suplicays".**<sup>4</sup>

Con motivo de tal petición, se promulgó en 1539 una Pragmática cuya redacción no fue exactamente igual al texto de la petición de las Cortes, pero que, desde luego, acogía sus deseos<sup>5</sup> y creaba el ansiado registro: El llamado Registro de Censos y Tributos.<sup>6</sup>

No esta claro cuáles fuesen los contratos que la Pragmática de 1539 sujetaba a Registro, debido a su confusa redacción:

**"Por quanto nos es hecha relacion, que se excusarian muchos pleytos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos é hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, .... mandamos ... haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las qualidades suso dichas ..."**

BIENVENIDO OLIVER considera que lo eran los contratos de imposición y venta de censos, tributos e hipotecas y los contratos de venta de fincas gravadas con dichos derechos.<sup>7</sup> Para SERNA VALLEJO, sólo los censos e hipotecas constituidas con motivo de la venta de un censo consignativo.<sup>8</sup> GALINDO y ESCOSURA, consideran que se inscribían los contratos de constitución de tributos, censos, hipotecas y ventas de bienes inmuebles<sup>9</sup>. Parece, por tanto, que en su opinión, tanto las ventas de fincas libres, como de fincas gravadas con los

<sup>4</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Op. cit. Pág. 245. El autor toma los textos de las peticiones de las Cortes, de la *Colección General de Cortes, Fueros, Leyes, Privilegios y otros documentos pertenecientes a la legislación de España*. Biblioteca de la Real Academia de la Historia.

<sup>5</sup> Ver la dicha Pragmática, que fue la Ley III, Título XV, Libro V de la Nueva Recopilación y después la Ley 1ª, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación.

<sup>6</sup> SERNA VALLEJO. *La publicidad inmobiliaria...* Op. cit..

<sup>7</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Op. cit., Pág. 244.

<sup>8</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ...* Op. cit. Pág. 134. "Se trata de un objeto bastante limitado - dice - porque, aunque la Pragmática no diferencia entre los distintos tipos de hipoteca y, por esta razón podría pensarse que estaban sujetos al registro todos los derechos hipotecarios, la propia naturaleza de las hipotecas legales tácitas y de las generales, tan frecuentes desde la Baja Edad Media, impide su registro. En consecuencia, se puede afirmar que sólo las hipotecas expresas que, por otra parte, se reducen a las constituidas con motivo de la venta de un censo consignativo, quedan sujetas a la inscripción registral ..."

<sup>9</sup> GALINDO DE VERA Y ESCOSURA Y ESCOSURA. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y ultramar*. Tomo I. Imprenta de la rifa "Escuelas Católicas". Madrid, 1880. Pág. 39.



mencionados derechos. GÓMEZ DE LA SERNA comenta que la Pragmática sólo se refería a contratos (no a los demás actos civiles, como por ejemplo, actos de última voluntad) y dentro de ellos, a los de censo, tributo, hipoteca y venta, aunque el espíritu de la ley, interpreta el mencionado autor, que debió ser el de referirse a cualquier contrato que fuese título para adquirir cualquier derecho real en la cosa y presume que en la práctica se aplicó en tal sentido. Sin embargo, después de sentar tales presunciones, reconoce que “ni hemos visto casos en que esto sucediera, ni nos atrevemos a afirmar que así se entendiese generalmente”<sup>10</sup>. ROCA SASTRE habla de que se inscribían los contratos de censo, tributo e hipoteca.<sup>11</sup>

Fuesen unos u otros los contratos inscribibles<sup>12</sup>, lo cual procuraremos aclarar después, el efecto que la Pragmática pretendió dar a la falta de toma de razón de los mismos fue literalmente el de que **“no se registrando dentro de seis días despues que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningun tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor”**.

BIENVENIDO OLIVER interpreta estas palabras diciendo que la Pragmática establecía una eficacia negativa de la inscripción, “es decir, que **la omisión de esta formalidad producía la nulidad del documento**, no sólo respecto de tercero, sino entre las mismas partes contratantes, pues los gravámenes consignados en el mismo no obligarían a ningún tercer poseedor, aunque tuviese causa del vendedor”.<sup>13</sup>

CANALES E IBÁÑEZ afirma igualmente que la Pragmática privaba **“de efectos civiles los contratos no registrados aún entre los mismos que los habían otorgado”**.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1862. Págs. 89 y 90.

<sup>11</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág. 150.

<sup>12</sup> Lo que sí está claro (y en ello convienen los autores) es que no quedaban sujetas a registro ni las hipotecas tácitas, ni las generales convencionales, ni los contratos anteriores a la promulgación de la Pragmática, que no tenía efectos retroactivos, ni las imposiciones de gravámenes por actos de última voluntad, ni por prescripción.

<sup>13</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 244 y 245.

<sup>14</sup> CANALES E IBÁÑEZ, NICOLÁS. *Legislación Hipotecaria Española. Historia, concordancia y explicación filosófica y exegética de las leyes de 1861 y 1869, y de los reglamentos dados para su ejecución*. Librería del Editor D. José López Guevara. Granada, 1875. Pág. 66.

SERNA VALLEJO, por su parte, considera que la inscripción no era requisito necesario para la validez del contrato y que la inscripción era meramente probatoria entre las partes, no constitutiva. Ahora bien, era **necesaria para oponer el contrato a tercero**.<sup>15</sup>

GÓMEZ DE LA SERNA dice que al negar la fe a las escrituras que, teniendo “todas las circunstancias internas, y todas las formas externas que se requerían en los instrumentos públicos de su clase” no hubiesen sido inscritas, se quiso significar “**la nulidad de las obligaciones entre las partes contratantes**”, no pudiendo juzgarse los pleitos con arreglo a dichos contratos.<sup>16</sup>

GALINDO y ESCOSURA afirman que **ya en esta Pragmática se sentaba el principio básico de la Ley Hipotecaria de que “título no inscrito, no hiciese fe, ni se juzgara por él, ni perjudicare á tercero”**.<sup>17</sup> En páginas sucesivas exponremos los efectos, que a nuestro juicio, producía la falta de toma de razón.

Parece ser que debido a la falta de cumplimiento de la Pragmática de 1539, fundamentalmente por los Tribunales, *que admitían en juicio tanto escrituras inscribibles inscritas, como no inscritas, otorgándoles igual valor*, Felipe V, a propuesta del Consejo de Castilla, que se quejaba de tal inobservancia, dispuso por medio de Auto Acordado de 11 de diciembre de 1713 que se guardase la Pragmática de 1539<sup>18</sup> y que “los Tribunales, Jueces, o

<sup>15</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Pág. 136. Sin embargo, en esta misma obra, más adelante, la autora parece abandonar la idea de una inscripción meramente probatoria *inter partes* y se inclina por la de una inscripción constitutiva. Así, al hablar de las transformaciones que las disposiciones fiscales de 1829, 1830 y 1845 produjeron en los Oficios de Hipotecas hay un momento en el que afirma con relación al Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y la Real Orden de 29 de julio de 1830 que “...se establece el carácter constitutivo de la inscripción de manera que ante la omisión de esta exigencia los documentos no se pueden admitir en juicio **ni producir efecto legal alguno**. Con esto, se sigue la tendencia iniciada ya desde los primeros momentos del nacimiento de la institución registral en cuanto al carácter constitutivo de las inscripciones registrales”. (Ibídem, Pág. 236).

<sup>16</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 92.

<sup>17</sup> GALINDO DE VERA y ESCOSURA y ESCOSURA. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria... Op. cit.* Pág. 39. Aunque aquí ambos autores parecería que relacionan los principios de la Ley Hipotecaria de 1861, con el de la Pragmática de 1539, lo cierto es que en otro lugar, muestran claramente sus diferencias, haciendo al mismo tiempo, una cierta crítica al sistema instaurado por el art. 23 LH. A ello nos referiremos en el Capítulo III.

<sup>18</sup> En el texto originario de la Pragmática de 1768, al que hacemos mención después, se dice literalmente que fue motivo justificante del Auto Acordado de 11 de diciembre de 1713 el que “... **En los Tribunales y Juzgados se admitían indistintamente contra lo dispuesto en la citada Ley (Pragmática de 1539) así los Instrumentos y Escrituras registradas y tomada la razón por la Contaduría, como las que no**

Ministros que contra el tenor, forma y modo que en ella se prescribe fueren o vinieren, por el propio hecho y sin ninguna otra prueba, sean privados de oficio y se paguen los daños con el quatro tanto ...” pues de la inobservancia de la Pragmática de 1539 se habían seguido y seguían innumerables perjuicios “...todo lo cual cesaría si rigurosamente se hubiese observado como debía dicha ley, en que se manifiesta el delito que cometen todos los que actúan, substancian y determinan semejantes pleytos contra el tenor, forma y modo prescripto en ella; y más a vista de estar prohibido por leyes de estos reynos el decir, que esta y otra qualquier ley de ellos no se debe guardar por no estar en uso ...”<sup>19</sup>.

Interesa destacar, a los efectos de poder interpretar adecuadamente la Pragmática de 1539 y este Auto Acordado de 1713, que los Autos Acordados constituían el medio utilizado por el Consejo de Castilla para interpretar y aclarar las disposiciones legales,<sup>20</sup> por lo que este Auto Acordado de 11 de diciembre de 1713 hemos de considerarlo como una disposición aclaratoria de la Pragmática de 1539. Y en el mismo, con una verdadera interpretación auténtica, se afirma que “los señores Reyes Doña Juana, D. Carlos I y D. Felipe II, por sus pragmáticas en Toledo y Valladolid los años de 1539 y 1558 <sup>21</sup>... ordenaron ... que se registrasen todos los contratos de censos, compras, ventas y otros semejantes, ... y que los instrumentos de contratos que, pasados seis días de su otorgamiento, no estuviesen registrados, no hiciesen fe, ni se pudiese juzgar conforme a ellos ...”.

---

tenían este indispensable requisito, aumentándose cada día los pleytos y perjuicios a los Compradores e Interesados en los bienes hipotecados por la ocultación y obscuridad de sus cargas ...”.

<sup>19</sup> Ley II, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación. Por primera vez se castiga a los Tribunales que inapliquen la Pragmática de 1539 y se ordena “**registrar ... todos los censos y escrituras de venta hasta aquí otorgadas ... (en) ... el término de un año ...**”. Es decir, se otorga efectos retroactivos al Auto Acordado.

<sup>20</sup> GALO SÁNCHEZ. *Curso de Historia del Derecho. Introducción y Fuentes*. 10ª Edición, revisada por José Antonio Rubio. Miñón, S.A., Valladolid, 1982. Pág. 141

<sup>21</sup> En 1558, Felipe II respondió en Cortes a la petición que éstas habían formulado en 1555 (petición 121), reiterando otras dos anteriores presentadas en 1548 (peticiones 160 y 161) por las que se solicitaba que se procediese criminalmente contra los que vendían censos sobre sus fincas sin declarar los que ya tenían impuestos; y que se procediese criminalmente, como reos de HURTO, (delito que era acreedor de penas más graves que el estelionato), contra los que vendían fincas como libres de censo estando gravadas. El Rey consideró que con relación a estos fraudes ya estaba dispuesto lo que se debía hacer (y en efecto así se deduce de las peticiones y respuestas dadas en Cortes de 1542, petición 72, y de 1548) y puesto que en algunas ciudades ya se cumplían las disposiciones dadas, respondió que ordenaría a su Consejo adoptar las medidas necesarias para que se cumpliesen en los lugares donde aún no estaban en observancia. (SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Pág. 133 (texto de la petición de Cortes de 1542) y OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 246 y 247 (texto de las restantes peticiones mencionadas).

A raíz de la inaplicación reiterada de las anteriores disposiciones y de la representación hecha ante el Consejo de Castilla por el contador de hipotecas de Madrid, José Ballesteros Sabugal, el 25 de septiembre de 1756, se inició en el Consejo un expediente consultivo, a instancia del dicho contador, que culminó con la elaboración por los Fiscales del Consejo, Campomanes y José Monino y Redondo, Conde de Floridablanca, de una Instrucción, que sirviese a quienes desempeñaban el cargo de registradores, de reglamento de actuación. El 31 de enero de 1768, Carlos III promulgó la Pragmática de dicha fecha, en cuyo texto se incluyó, respetando su forma original, la Pragmática de 1539, el Auto Acordado de 1713 y la Instrucción mencionada del Consejo, de 1767 (SERNA VALLEJO).<sup>22</sup> Esta Instrucción se aprobaba **recalcando su carácter de norma elaborada para “la mayor claridad y cumplimiento” de la Pragmática de 1539 y del Auto Acordado de 1713.**<sup>23</sup>

Dentro del Derecho Real de Castilla, la Pragmática de 1768 fue la disposición más completa en materia de registro, la cual tuvo, además, la particularidad de ser común al Reino de Castilla y al Reino de Aragón, quedando fuera de su ámbito únicamente Navarra, en que con posterioridad se crearía un Oficio de Hipotecas a petición de sus Cortes.<sup>24</sup>

Hemos dicho que la Pragmática aprobaba la Instrucción del Consejo, **para que se observase y guardase “en mayor explicación” de la Pragmática de 1539 y del Auto Acordado de 1713.** Estamos, pues, ante una norma de desarrollo de aquéllas. En esa “mayor explicación”, la Instrucción nos aclara el objeto del Oficio de Hipotecas con las siguientes palabras, tomadas de varios de sus preceptos:

“Estando dispuesto por la Ley 3, tit. 15, lib. 5 de la Recopilación y Auto Acordado 21 tit. 9, lib. 3 se registren los Instrumentos de Censos y Tributos, rentas de bienes raíces,

<sup>22</sup> En cambio, al elaborarse la Ley 3ª, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación, explica SERNA VALLEJO, los textos de la Instrucción y de la Pragmática de Carlos III se refundieron, de modo que ya no quedó deslindado el contenido de la Instrucción de 1767 y el que constituye propiamente la Pragmática de 1768. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por PESET REIG, como dice SERNA VALLEJO, la cual recoge en su obra citada *"La publicidad inmobiliaria..."*, páginas 627 a 637 del APÉNDICE, el texto originario de la Pragmática de 1768, tomado por ella del Archivo Histórico Nacional. (AHN. Consejo de Castilla. Sala de Gobierno. Leg. 483. Expediente de que dimana la Pragmática de 31 de enero de 1768).

<sup>23</sup> Cfr., su texto en el citado Apéndice de la obra de SERNA VALLEJO.

<sup>24</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Pág. 196, 197 y 627.

y generalmente todos aquellos que contengan especial hipoteca o gravámen de tales bienes ...

IV. La toma de razón ha de estar reducida a referir ... la calidad del contrato, obligación o fundación, diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravámen de esta clase ...”

VI. Quando se llebare a registrar Instrumento de redención de censo, liberación de la hipoteca o fianza, etc. ...”<sup>25</sup>

Poniendo en relación unos preceptos con otros, ya es posible delimitar el objeto del Oficio de Hipotecas con más acierto. La Instrucción no contiene, sin embargo, referencia alguna a los efectos de la falta de inscripción de los instrumentos registrables.

En el cuerpo de la Pragmática<sup>26</sup> se vuelve a incidir con más precisión y claridad en el objeto del Oficio, expresándose detalladamente el mismo, sin necesidad de inducirlo de varios preceptos. Así se dice:

“II. Que los Escribanos de ayuntamiento de dichas Cabezas de Partido estén obligados a tener los Libros de registro, que señala la Instrucción ... para que en ellos precisamente se tome la razón de todos los Instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos o tributos, ventas de bienes raices o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas, en que se hipotecaren especialmente tales bienes, Escrituras de Mayorazgos u Obra pía, y *generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca o gravámen , con expresion de ellos o su liberación y redención*”.

Posteriormente se ordenó tomar razón por la Cédula de 10 de marzo de 1778 (Ley IV, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación), de las escrituras que contuviesen hipotecas constituidas con motivo de donaciones piadosas.<sup>27</sup> Por ejemplo, donación de

<sup>25</sup> Las citas de la Instrucción de 1767 las hacemos sobre la base del texto originario de la Pragmática de 1768 que SERNA VALLEJO incorpora en el Apéndice de su citada obra.

<sup>26</sup> Redacción originaria. Las citas las tomamos del lugar indicado en la nota anterior.

<sup>27</sup> GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria...* Op. cit. Pág. 44 y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo

una renta semestral a una institución de caridad, garantizada con hipoteca sobre una finca.

También se mandó registrar, según SAHAGÚN DE MARFÁ, “las últimas voluntades, en las que se dejase una cosa con la obligación de que se restituyera a tercera persona...” e incluso las obligaciones generales de bienes. Esto último según un Auto Acordado posterior a la Pragmática de 1768 del que SAHAGÚN DE MARFÁ no da fecha alguna. Desde luego no debía estar el autor pensando al hacer estas afirmaciones en la Orden Comunicada del Consejo de Castilla, de la que hablaremos después, por la que se resolvían algunas dudas que la aplicación de la Pragmática de 1768 generó en Cataluña y que dio lugar a un Edicto especial para Cataluña, en el que se mandaba tomar razón de las hipotecas generales. Ello porque el autor precisa que, *salvo en Cataluña*, que se regía *en este aspecto* por su Edicto especial, *en el resto de España*, para inscribir la hipotecas generales, la jurisprudencia práctica resolvió que el acreedor presentase en la Oficina de Hipotecas una relación de todos los bienes del obligado, que se transformaría en tantas hipotecas, cuantos bienes relacionados.<sup>28</sup>

Con relación a los efectos de la falta de inscripción de los instrumentos que la Pragmática ordenaba registrar, se preceptuó:

**“IV. Que no cumpliendo con el registro y toma de razon, no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces o Ministros, que contravengan, incurran en las penas de privacion de oficio y de daños, con el quatro tanto que previene el Auto-Acordado”**

Respecto a los instrumentos anteriores a la publicación de la Pragmática se dispuso lo siguiente:

---

II. Madrid, 1863. Pág., 690.

<sup>28</sup> SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso de ampliación del Derecho Civil Español*. Imprenta Hispana de Vicente Castaños. Barcelona, 1857. Pág. 177, 179, 180 Y 184.

“VIII. Por lo tocante a los instrumentos anteriores a la publicación de la presente Pragmática , cumplirán las Partes con registrarlos antes que los hubieren de presentar en juicio, para el efecto de perseguir las hipotecas o fincas gravadas; bien entendido que sin preceder la circunstancia del Registro ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto, **aunque la hagan para otros fines diversos de la persecución de las hipotecas o verificación del gravámen de las fincas ...**”

Además de las consecuencias susodichas, la falta de inscripción podía dar lugar a un castigo del que hubiese dejado de instar la toma de razón. “El Tribunal, ante el que se presentaba un instrumento que carecía de la formalidad del Registro, podía imponer también el castigo que procediese contra el que hubiese incurrido en esta omisión”.<sup>29</sup>

Comentando la Pragmática de Carlos III, dice BIENVENIDO OLIVER que vino a sujetar a la formalidad de la inscripción a todos los actos jurídicos “en los que de un modo directo o indirecto se constituía una carga o gravamen de naturaleza real sobre bienes inmuebles” y que la toma de razón seguía siendo una formalidad ritual sin valor sustantivo alguno, (parece, pues, que sin valor constitutivo) cuya omisión no producía otro efecto que el de no hacer fe en juicio, ni fuera de él, los documentos que carecían de dicho requisito para perseguir las hipotecas ni para que se entendieran gravadas las fincas descritas en los mismos.<sup>30</sup>

Por el contrario, SERNA VALLEJO cree que **“los efectos que se reconocen a la inscripción son muy amplios porque en relación a las hipotecas se establece el carácter constitutivo de la misma, de manera que no existe hipoteca y por tanto no causa efectos, ni dentro ni fuera de juicio, hasta el momento de su inscripción en los libros registrales”**.<sup>31</sup>

ROCA dice que “los efectos de la registración eran meramente negativos, o sea que los actos registrables que no estuvieren registrados carecían de valor ante los Tribunales”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 286

<sup>30</sup> *Ibidem.* Pág. 283.

<sup>31</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. Cit.*, Pág. 204

<sup>32</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.*

Según SAHAGÚN DE MARFÁ, para que la obligación de registrar que imponía la Pragmática se cumpliera, debía ir acompañada de una pena, consistente en los efectos descritos por los preceptos IV y VIII de la misma.<sup>33</sup>

Indicativo del resultado jurídico de la falta de inscripción en plazo, es lo que dice GÓMEZ DE LA SERNA a propósito de las prórrogas para inscribir otorgadas por el Consejo de Castilla.

Parece ser que el haber dejado a la libertad de los particulares el momento de la inscripción, para las escrituras anteriores a la Pragmática, (que es lo que se desprendía de la consideración de que bastaba con que fuesen registradas antes de presentarlas en juicio, para poder perseguir las hipotecas y considerar gravada la finca) acarreó consecuencias perjudiciales que el Consejo de Castilla quiso atajar por Auto Acordado de 28 de enero y Circular de 26 de febrero de 1774.<sup>34</sup> Por medio de dichas disposiciones se ordenó que “las Chancillerías y Audiencias dispusieran la publicación de edictos en todos los pueblos, para que los que tuvieran censos o hipotecas a su favor, acudiesen en el término de 60 días perentorios, a tomar razón en las Contadurías de Hipotecas, lo cual no podrían excusarse de hacer con el pretexto de estar constituidas con anterioridad a la promulgación de la Real Pragmática”.<sup>35</sup> Es decir, se señaló un plazo de 60 días para que se presentasen a registro las escrituras de hipoteca y censo, otorgadas con anterioridad a la promulgación de la Pragmática. Sin embargo, este plazo perentorio, por los motivos que fuere, fue prorrogado sucesivamente por distintas disposiciones.<sup>36</sup>

---

Pág. 152.

<sup>33</sup> SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso ... Op. cit.* Pág. 179

<sup>34</sup> *Ibidem.* Pág. 177.

<sup>35</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 112 y 113.

<sup>36</sup> La Circular de 1 de julio de 1774 prorrogó el plazo por un año más y sucesivamente concedieron nuevas prórrogas las Órdenes del Consejo de 22 de enero de 1816 y 22 de junio de 1825; Real Cédula de junio de 1828; Reales Órdenes de 31 de diciembre de 1835; 22 de enero y 24 de octubre de 1836 y Orden de 24 de agosto de 1842. Ésta última fijó como plazo perentorio y último el 31 de diciembre de dicho año diciéndose que pasado el mismo no se admitirían a registro las escrituras anteriores a la Pragmática y que las no registradas no producirían efecto alguno para la persecución de hipotecas y gravámenes. Pero esta disposición volvió a quedar sin efecto por Orden de 28 de diciembre del mismo año que suspendió lo dispuesto en la anterior hasta que en vista de lo que propusiera el Supremo Tribunal de Justicia se resolviera la cuestión definitivamente. Finalmente la Real Orden de 11 de abril de 1848 concedió un plazo indefinido para registrar las escrituras anteriores a la Pragmática, “o en otros términos, volvió a darse fuerza al art. 8º de la instrucción (del Consejo de 1767), reponiendo las cosas, sobre esta materia, al estado que tenían cuando la publicación de



En opinión de GÓMEZ DE LA SERNA estas prórrogas daban “nueva vida en perjuicio de tercero al derecho que - y esto es lo que queríamos destacar - **por el mero transcurso del tiempo, y solo en virtud del ministerio de la ley, habia quedado extinguido**”.<sup>37</sup> He aquí según GÓMEZ DE LA SERNA, el efecto producido por la falta de inscripción en plazo: la extinción “*ope legis*” del derecho real creado, por el mero transcurso del tiempo.<sup>38</sup>

Nosotros, por nuestra parte, reservamos para el siguiente epígrafe el comentar los efectos que producía la falta de toma de razón en las tres Pragmáticas.

## **2. Interpretación de estas disposiciones en el marco del Derecho Civil de la época.**

En nuestra opinión, existe una clara continuidad entre la Pragmática de 1539, el Auto Acordado de 1713, que la interpreta, como ya dijimos, y la Pragmática de 1768, que aprueba el reglamento de actuación de los registradores (Instrucción del Consejo de Castilla de 1767) “en mayor explicación” de las dos normas anteriores. Así pues, puede hacerse una interpretación conjunta de las tres disposiciones, con matices en cuanto al objeto registrable, sabiendo que es uno mismo el espíritu que las anima, y entendiendo que las mayores precisiones y concreciones de la Pragmática de 1768 fueron, más que novedades, un desarrollo del inicial esbozo de registro pedido por las Cortes y aprobado por el Rey. En este sentido, constituyen un importante elemento interpretativo de estas disposiciones, las peticiones formuladas por las Cortes, como ha señalado SERNA VALLEJO.

---

la Pragmática de 1768” (SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso ... Op. cit.* Pág. 178). Además de las prórrogas, también se otorgaban gracias y dispensas de plazos en casos particulares por el Consejo de Castilla, e imitándole, por los Tribunales. (GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 113 y 114)

<sup>37</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 113

<sup>38</sup> Posteriormente, la Real Orden de 31 de octubre de 1835 dispuso que las gracias concedidas para inscribir fuera de plazo no se entendiesen en perjuicio de tercero. “Esta declaración, la primera que se hacía en la materia, fue de grande trascendencia, porque separándose del modo en que hasta entonces se habían comprendido las prórrogas de términos y las autorizaciones especiales para registrar fuera de los mismos, limitaba esa especie de indultos o gracias ... y no daba vida a los derechos extinguidos que no debían perjudicar a tercero” (CANALES E IBÁÑEZ. *Legislación Hipotecaria Española... Op. cit.* Pág. 74)

Dicho esto, pasamos a explicar una serie de cuestiones que consideramos relevantes para determinar los efectos que producía la falta de toma de razón de los instrumentos registrables, en el marco del Derecho Civil vigente en los siglos XVI, XVII y XVIII.

### 2.1. El objeto registrable de la Contaduría de Hipotecas.<sup>39</sup>

No fue espíritu de la Pragmática de 1539, ni de sus normas de desarrollo, el establecer la cualidad de "inscribible" para **cualquier contrato** que fuese título para adquirir **cualquier derecho real** en la cosa, como hemos dicho que aventuró GÓMEZ DE LA SERNA, dando a la Pragmática de 1539 una interpretación un tanto forzada y quizás a la luz de la recién elaborada Ley Hipotecaria de 1861. No lo fue, porque el fin de tales normas, como se desprende de los textos de las peticiones de las Cortes, de las propias fuentes y de la doctrina de los comentaristas, fue, exclusivamente, dar publicidad a aquéllos gravámenes que por su falta de manifestación posesoria no podían ser conocidos por terceros que contratasen sobre las fincas gravadas, evitando así negocios que, por la mala fe o la inadvertencia de los propietarios, generaban numerosos pleitos y perjuicios para dichos terceros. Las normas pretendieron evitar en el orden civil de las transacciones particulares, lo que las leyes penales del Reino ya castigaban como fraudulento (delito de estelionato; Leyes del Título XVI, Partida VII).

No era preciso dar publicidad en un registro a otros derechos reales susceptibles de manifestación posesoria, porque se entendía que la posesión constituía en sí misma un mecanismo, natural y suficiente, de conocimiento de la titularidad de los derechos reales.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Nos ha parecido más razonable mantener la postura de la existencia de una única institución registral, (al margen de la insinuación de donaciones de que hablan las Partidas ), en el Derecho de Castilla, la cual es sucesivamente perfeccionada a lo largo del tiempo, que la postura sostenida por SERNA VALLEJO acerca de la existencia de tres instituciones registrales distintas, algunas de las cuales incluso habrían llegado a coexistir. Según esta autora, dichas tres instituciones fueron los **Registros de Censos y Tributos** creados en 1539; las **Contadurías de Hipotecas**, creadas a iniciativa de un particular, Antonio Pérez Rocha quien, a principios de 1646, solicitó de la Corona la creación de una Contaduría de Hipotecas en la villa de Madrid y la merced de ocupar este cargo de contador general de hipotecas; y los **Oficios de Hipotecas**, establecidos a partir del Auto Acordado de 1713 y de la Pragmática de 1768. Las Contadurías de Hipotecas habrían coexistido, primero, con los Registros de Censos, existiendo en algunas poblaciones aquéllas y en otras éstos. Luego, habrían coexistido con los Oficios de Hipotecas, si bien el oficio enajenado de contador general de hipotecas habría ido volviendo paulatinamente a la Corona, implicando la extinción de las Contadurías. (SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.*, Pág. 118 y 119; 128 y 129; 155 a 178 y 192, donde expone los argumentos que sustentan su posición).

<sup>40</sup> En forma parecida se manifiesta SERNA VALLEJO. *Op. Cit.*, pág. 118

En este sentido dice SALA que "... El fin de las leyes que acabamos de notar es, según en las mismas se explica, para que puedan llegar a noticia de todos las cargas de las cosas, y evitarse de este modo la ocasión de engañar a los compradores, causándoles embarazos y perjuicios ..."<sup>41</sup>

Sentadas estas premisas, entendemos que el objeto registrable de las Contadurías de Hipotecas se circunscribió inicialmente a los contratos relativos a censos consignativos y reservativos (imposiciones o compras de censos, y ventas de censos ya impuestos) y a los contratos de hipoteca; y que luego, en 1768, dicho objeto se amplió expresamente a los contratos de venta de bienes raíces o considerados por tales<sup>42</sup> que estén gravados con alguna carga, a las escrituras de Mayorazgo u Obra Pía; a cualquier instrumento (*inter vivos* o *mortis causa*) que contenga una hipoteca especial o un gravamen y a los instrumentos de redención.

En efecto, se quiso, desde un principio, que se tomase razón tanto de los **censos reservativos** como de los **consignativos**. En primer lugar, porque tanto la Pragmática de 1539, como el Auto Acordado de 1713, hablaron en general de censos, sin distinguir entre unos y otros. En segundo lugar, porque los mismos inconvenientes se presentaban al tercero que contrataba sobre la finca acensuada sin que le fuese manifestado el censo anterior, ya fuese éste consignativo, ya lo fuese reservativo.

En efecto, ya se hubiese constituido el censo en forma consignativa o reservativa<sup>43</sup>,  
(como es de su esencia **que da derecho a retirar una parte de las utilidades de la**

---

<sup>41</sup> SALA, JUAN. *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I. 2ª Edición, corregida y adicionada por su autor, y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilación. Oficina de Don José del Collado. Madrid, 1820. Pág. 344

<sup>42</sup> Por bienes raíces, dice SALA, se entienden además de las casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, también los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden admitir gravamen o constituir hipoteca.

<sup>43</sup> DE ASSO, con definición de SOLÍS (*De Censibus*, Libro I, Capítulo IV, número 8) dice que los censos son contratos por el que uno vende y otro compra el derecho de percibir una pensión anual. "Para seguridad de esta pensión el deudor obliga en favor del acreedor (o sea comprador) y constituye hipoteca en ciertos bienes señalados, sin que baste la hipoteca general. ... De donde nacen dos especies de censos ... el reservativo y el consignativo. El reservativo es: cuando se da una heredad, o edificio, con pacto de que quien la recibe haya de pagar cierta pensión cada año al que la concede. El consignativo se constituye: recibiendo alguna cantidad, por la cual se haya de pagar pensión anual, asegurando dicho capital en bienes raíces del mismo valor ..." (JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, IGNACIO y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, MIGUEL. *Instituciones...* Op. cit. Pág. 165 y 166.

cosa,<sup>44</sup> sea quien sea el poseedor que la ostente), si el dueño de la cosa censida la había enajenado como libre, **el comprador de la finca** (tercero poseedor) se encontraba con la reclamación periódica, por parte del censalista, de las pensiones a que éste tenía derecho, las cuales mermaban en gran manera el valor de la finca que él había comprado y por la que resultaba, entonces, que había pagado un precio desproporcionado y, por lo tanto, injusto. Si bien las leyes no dejaban desamparado a este desafortunado comprador, lo cierto es que el negocio así celebrado le causaba innumerables incomodidades. Podía exigir al vendedor, si el censo era redimible, que le libertase de la carga mediante la redención (sin perjuicio de ser aquél tenido de evicción) o si no hubiese pagado aún el precio, retenerlo (o quizás, siendo posible, sólo la parte necesaria para la redención). Si el censo era irredimible, el comprador, de acuerdo con la Ley 63, Título V, Partida V, podía pedir la rescisión de la venta (deshacer la venta, y recobrar el precio dado con los daños y menoscabos que haya tenido por esta razón) o retener la cosa y solicitar la satisfacción de su interés por la acción *quanti minoris*.<sup>45</sup>

Igualmente, si era a un **comprador de un censo consignativo**, al que se le había ocultado la existencia de censos anteriores, los perjuicios que experimentaba eran los mismos, ya se tratasen los ocultados, bien de censos consignativos, bien de censos reservativos. La garantía sobre la finca que el censo suponía, para el caso de impago de las pensiones, quedaba mermada o incluso inutilizada, si la finca valía menos que el conjunto de los censos que recaían sobre ella, pues nadie querría comprar, al ejecutar la finca y subastarla en pública almoneda, una finca en tales condiciones (ya que los censos continuaban recayendo sobre ella), o si la finca se lograba vender, el precio dado por el comprador quizás alcanzase a satisfacer las pensiones adeudadas a censuistas anteriores, pero tal vez, no precisamente, las adeudadas al censalista ejecutante burlado, al que se le habían ocultado los censos anteriores.

En tercer lugar, se quiso que se tomase razón tanto de los censos consignativos, como de los reservativos, porque el deber impuesto por la Pragmática de 1528, lo predicó la doctrina tanto del censatario que soportaba un censo consignativo como del que lo soportaba

---

<sup>44</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 597.

<sup>45</sup> SALA, JUAN. *Ilustración ....* Tomo I. *Op. cit.* Pág. 344 y ss.

reservativo<sup>46</sup> y es razonable entender que si el deber de manifestar las cargas se extendía a los dos censatarios, el deseo de que se tomase razón de los censos, se extendió también a ambas dos clases de contratos censales.

Al describir el objeto inicial de la Contaduría de Hipotecas, hemos omitido mencionar que la Pragmática de 1539 ordenaba inscribir también los tributos. Y lo hemos hecho, porque los **tributos** de que hablaban las Cortes y la Pragmática de 1539, no eran nada más que los mismos censos, designados con otro término sinónimo.

Valga, en este sentido, el testimonio de Fray TOMÁS DE MERCADO: “Censo y tributo, según se usa entre nosotros, es una pensión que se da cada año. Digo como se usa porque, si a la significación y acepción antigua atendemos significa también los pechos, alcabalas y tributos que dan los vasallos a su príncipe ... Mas ya comunmente se ha reducido este vocablo, o estrechado, entre nosotros a que signifique solamente la pensión y tributo que uno se obliga a dar a otro en particular, que es en dos maneras: una reservativa, muy acostumbrada entre eclesiásticos; otra consignativa, que usan mucho los seglares”.<sup>47</sup>

Afirmamos antes, igualmente, que desde 1539 se inscribían, tanto las imposiciones o compras de censos, como las **ventas de los censos ya impuestos**, por el censalista. Y ello, evidentemente antes de que la Pragmática de 1768 ordenase tomar razón de los instrumentos de imposición, **venta** y redención de censos.

Entendemos que este negocio jurídico de venta de los censos de que se era titular, era practicado desde antiguo, y que a su inscripción pudo referirse el Auto Acordado de 1713 al decir que la Pragmática de 1539 ordenó que se registrasen “**todos los contratos de censos, compras, ventas y otros semejantes, ...**”. De este modo, quedaba constancia en los libros registrales de la identidad del nuevo acreedor censalista y la información que el escribano hipotecario otorgase sobre el gravamen recayente sobre la finca, sería completa y ajustada al nuevo cambio operado en la persona del titular del censo.

<sup>46</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 634 y 657. Lo mismo, DE ASSO. *Instituciones...* *Op. cit.* Pág. 167.

<sup>47</sup> DE MERCADO, FRAY TOMÁS. *Suma de Tratos y Contratos*. Volumen II. Salamanca, 1569. Edición y estudio preliminar por NICOLÁS SÁNCHEZ-ALBORNOZ. Transcripción de GRACIELA S.B. DE SÁNCHEZ-ALBORNOZ. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid, 1977. Pág. 497.

Desde luego, la práctica de la venta de censos parece desprenderse de lo dicho por Fray Tomás de Mercado comentando una Pragmática de Felipe II, en que se ordenaba que los censos redimibles no se impusiesen a menos de 14.000 maravedís, cada millar de renta anual. Según Fray Tomás de Mercado era preciso entender que la Pragmática ordenaba igualmente que **“ni los ya impuestos [se refiere a los censos redimibles] se merquen a menos cuando se vendieren ... [pues]... éste es su justo valor legal”**.<sup>48</sup>

En cuanto a las **hipotecas**, constituidas para garantía de una obligación, se inscribieron, como hemos dicho más arriba, desde un comienzo, pues si bien del texto de la Pragmática de 1539 no resulta tal extremo con claridad, así se desprende de la petición de las Cortes que la motivó y que ya reproducimos. Igualmente se desprende del Auto Acordado de 1713, según el cual, la Pragmática de 1539 ordenó inscribir los contratos de censo y **otros semejantes**, entre los cuales, está desde luego el de hipoteca,<sup>49</sup> a pesar de las diferencias que distancien a uno y otro.

Ya hemos apuntado que en 1768 se experimentó una ampliación del objeto registrable de la Contaduría de Hipotecas. A los contratos que ya se venían registrando, se sumaron otros nuevos, como los **contratos de venta de bienes inmuebles gravados**. Igualmente se sumaron cualesquiera otros actos, *inter vivos* o *mortis causa*, siempre que implicasen el establecimiento de gravámenes no susceptibles de manifestación posesoria sobre los inmuebles, como las vinculaciones derivadas de la fundación de un mayorazgo.

Desde luego, los contratos de venta de bienes inmuebles gravados no debieron inscribirse hasta que empezó a regir la Pragmática de 1768, pese a ciertas afirmaciones de la doctrina que hemos transcrito en páginas anteriores, pues no hemos encontrado ningún dato anterior que revele lo contrario. En cuanto a la **inscripción de actos mortis causa** por los que se constituyera alguna hipoteca o gravamen, consideramos que se desprende de la propia amplitud con que la Pragmática determina el objeto registrable ( **“... y generalmente todos**

---

<sup>48</sup> DE MERCADO, FRAY TOMÁS. *Suma...* Volumen II. *Op. cit.*, Pág. 502.

<sup>49</sup> De hecho, los comentaristas del Derecho de Castilla discutieron si el censo consignativo podía ser considerado una servidumbre, o una hipoteca. SALA, (en *"Ilustración ...."* Tomo I. *Op. cit.* Pág. 316 y ss.), reproduce los argumentos de MOLINA, COVAR y VELA en contra de los que atribuían al censo naturaleza hipotecaria.

(los instrumentos) que tengan especial y expresa hipoteca o gravamen ... ), si bien parece ser que, con posterioridad, se ordenó expresamente su inscripción, según SAHAGÚN DE MARFÁ.<sup>50</sup>

Aclarado cuál fue el objeto inicial de las Contadurías de Hipotecas y vista su posterior ampliación por la Pragmática de 1768, intentaremos reflexionar sobre el carácter que tenía la inscripción de tales actos y contratos en los libros de las Contadurías, y por consiguiente, los efectos que producía su falta de inscripción.

## **2.2. Carácter que tuvo la toma de razón en la Contaduría de Hipotecas y efectos derivados de su falta.**

Ya hicimos referencia a las dudas que las interpretaciones de la doctrina sobre estos extremos nos suscitaban. Aquí procuraremos resolverlas.

Para ello, nos preguntaremos, en primer lugar, si la toma de razón en la Contaduría de Hipotecas tenía carácter constitutivo u obligatorio. Esto es, si se trataba de un requisito más para la constitución del derecho real o del gravamen en cuestión, o si, diferentemente, la toma de razón, era una obligación impuesta por la ley en aras del bien común, cuyo incumplimiento acarreaba una sanción civil para el contrato o acto no registrado.

SERNA VALLEJO parece inclinarse por el valor constitutivo de la toma de razón, como ya apuntamos, por lo menos, en el caso de la hipoteca y con referencia a la Pragmática de 1768. Desde luego, existe un texto del que podría colegirse el carácter constitutivo de la toma de razón y es el de la Petición CLX de las Cortes de 1548, que reproducimos en la parte que nos interesa:

“Otrosí hacemos saber á vuestra Majestad, que muchas personas cautelosamente echan censos sobre sus haziendas, una y dos y tres y más veces, sin que el un comprador sepa del otro, y de ello subceden muchos pleitos y grandes inconbenientes, y aunque vuestra Mahestad (ha) proveydo que los censos *no se puedan echar sino ante los*

---

<sup>50</sup> *Vid., ut supra* lo dicho sobre la ampliación del objeto registrable de la Contaduría de Hipotecas con posterioridad a la Pragmática de 1768.

*Escribanos de los Ayuntamientos, el qual tuviese libro de los dichos censos, para que por él se supiese los bienes acensuados, esto no se guarda, lo cual es daño conocido de los compradores ...”.*<sup>51</sup>

Teniendo presente que el verbo “**echar**”, de acuerdo con la edición de 1780 del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, (voz “**ECHAR**”), significaba “**imponer o cargar; como: echar tributos, echar un censo**”; resulta que podríamos interpretar que los procuradores de las Cortes entendían el mandato dado en la Pragmática de 1539, como un *“no poder imponer un censo sino mediante escritura pública de la cual hubiese tomado razón el escribano de Ayuntamiento en los libros registrales”*. O en otras palabras, podemos interpretar que los procuradores a Cortes entendían, a raíz de las disposiciones dadas, que *para la constitución de todo censo se había establecido como requisito imprescindible la toma de razón, no existiendo el derecho hasta que ésta se verificase*.

Pese al valor indudable que los textos de las peticiones de las Cortes tienen para el estudio de esta materia, como señala SERNA VALLEJO, con todo ello y sin embargo, no nos parece concluyente este testimonio para interpretar que la toma de razón prevista por la Pragmática de 1539 y sucesivas disposiciones, fuese constitutiva, por los siguientes argumentos:

Cuando en Cédula de 10 de marzo de 1778 (Ley IV, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación) se ordenó tomar razón de las escrituras que contuviesen hipotecas constituidas con motivo de donaciones piadosas, en su precepto segundo, se contempló la posibilidad de que donaciones piadosas de censos consignativos no se contuviesen en escritura pública y, por lo tanto, ni estuviesen sujetas al Registro, ni accediesen al mismo, existiendo al margen de éste y sujetas al Derecho común. Por lo tanto, si censos consignativos impuestos por vía de donación podían existir perfectamente al margen del registro, sujetos al Derecho Común, es que la toma de razón en el Registro no era conceptuada como un requisito imprescindible para la creación del derecho real, sino como una obligación impuesta para el caso de otorgarse en escritura pública. El texto de la Cédula era el que sigue:

---

51OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 246.



**“2. Que cuando no haya escrituras, no tiene lugar el registro; y así en esta parte quedan sujetas estas cosas á la disposición del Derecho común, porque no tiene que ver con la pragmática de registro de hipotecas, que trata de escrituras y no de acciones; y el acreedor censalista tiene derecho á hacer compeler á su deudor del censo, para que le reconozca, oyéndose á este; y hasta que se otorgue el reconocimiento por la escritura formal, no tiene lugar el registro”.**

La existencia de una realidad extrarregistral, plenamente eficaz, cuando los actos y contratos sujetos a registro no se habían verificado en escritura pública la constata claramente BIENVENIDO OLIVER.<sup>52</sup> Si tal realidad extrarregistral (hipotecas, censos consignativos, censos reservativos ...) era posible, ello significa claramente que la toma de razón en el Oficio no tenía carácter constitutivo.

Además de estas razones, pesa la de que, por lo general, la doctrina interpreta que la inscripción en la Contaduría de Hipotecas era de índole **obligatoria**. ROCA SASTRE, por ejemplo, así lo considera. Entre los caracteres que enumera, para poder calificar a una inscripción como obligatoria, incluye los siguientes:

“... La ley impone la inscripción, prescindiendo incluso de la voluntad de los interesados en el acto inscribible, mediante establecer plazos perentorios para presentar la titulación al Registro e imponer a los funcionarios que intervinieron en ella la obligación de tal presentación, con imposición de multas para el caso de incumplimiento de la obligación de inscribir y, a veces, con la nulidad del acto a modo de sanción ...”.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> “Pero los actos y contratos enumerados anteriormente [se refiere al objeto registrable determinado por la Pragmática de 1768] sólo estaban sujetos á registro cuando se habían consignado en documento público, pues los que carecían de esta solemnidad continuaban sometidos á las disposiciones del Derecho Civil ó común. No obstante, se reconoció al acreedor censalista el derecho de exigir del poseedor de la finca censada el otorgamiento de la correspondiente escritura de reconocimiento del censo para que pudiera obtener su inscripción en el Oficio de Hipotecas”. (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 283). El reconocimiento era un acto en virtud del cual se renovaba por el poseedor de la finca en que se impuso el censo, la obligación contraída a favor del censalista (BENITO GUTIÉRREZ).

<sup>53</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo III. 8º Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág. 61 y 69.

Si bien no todos los caracteres reseñados por ROCA están presentes en la regulación de las Contadurías de Hipotecas, lo cierto es que sí existía una obligación de inscribir determinadas escrituras en plazos perentorios; una sanción para las escrituras no registradas y para los actos consignados en las mismas, con los límites que después veremos, e incluso se pensó inicialmente en que fuesen los escribanos ante los que se habían otorgado los instrumentos, los que los remitiesen al Oficio. Así lo propusieron las Cortes de 1528 en su petición 65: “Suplican a vuestra Majestad mande que todos los censos y tributos que se echaren, que los que así los vendieren o los **Escribanos ante quien passaren, sean obligados después de hechos los contratos, de llevar lo antel Escrivano de concejo del lugar adonde passare, dentro de tryinta días...**”. Y es más, la redacción de la Pragmática de 1768 llegó a plantear dudas sobre si eran los escribanos otorgantes, los obligados a remitir al Oficio los instrumentos sujetos a registro, o lo eran los interesados, y en tal sentido elevó Consulta al Rey, la Real Audiencia de Cataluña, como más adelante explicaremos.

Igualmente demuestra que la toma de razón en las Contadurías no era constitutiva, el que las prórrogas para inscribir y las gracias especiales para hacerlo, diesen nueva vida a *derechos que habían quedado extinguidos por disposición de la ley, por el mero transcurso del tiempo para inscribir, sin hacerlo*, como decía GÓMEZ DE LA SERNA. Es decir, la no inscripción en plazo había motivado la extinción por la ley de un derecho *ya existente*. Luego el derecho existió desde el otorgamiento de la escritura pública hasta que finalizó el plazo de toma de razón. Luego la toma de razón no era constitutiva.

Por todo ello nos inclinamos a afirmar el carácter obligatorio de la toma de razón en las Contadurías de Hipotecas, descartando el carácter constitutivo que insinúa SERNA VALLEJO.

**Una vez fijado el carácter que tenía la toma de razón o inscripción de los títulos sujetos a registro, nos preguntamos, en segundo lugar, cuáles eran los efectos civiles que producía la falta de toma de razón en el plazo indicado por las leyes.**

Ya reprodujimos los textos de las mismas que hacían referencia a estos efectos. Pero es preciso interpretarlos. Poniendo en relación la Pragmática de 1539, el Auto Acordado de

1713 y la Pragmática de 1768, las tres en clara continuidad al respecto, podemos decir que se ordenó:

En primer lugar, que los contratos que no se registrasen en el tiempo indicado, no hiciesen fe (Pragmática de 1539). Pero el hacer o no fe, es algo predicable de los instrumentos, no de un contrato en sí. Luego hay que entender que la ley ordenaba que la escritura pública, que contuviese el contrato registrable, y no hubiese sido registrada, no hiciese fe contra lo que era propio de ella.<sup>54</sup>

Con mayor precisión, y en el sentido que apuntamos, el Auto Acordado de 1713 interpretó la Pragmática de 1539 como ordenando que “los instrumentos de contratos que, pasados seis días de su otorgamiento, no estuviesen registrados, no hiciesen fe”.

La Pragmática de 1768 añadió que no hiciesen fe ni en juicio ni fuera de él, *para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entendiesen gravadas las fincas* contenidas en ellos, aunque sí podrían hacer fe para otros *efectos distintos* “de la persecución de hipotecas o verificación del gravamen de las fincas”.

De estas palabras, especialmente de las que hemos resaltado, se desprende claramente que la escritura no registrada no tendría ningún valor para probar que sobre la finca mencionada en la misma existiese ningún gravamen, *en ningún caso* (ni entre las propias partes otorgantes de la escritura,<sup>55</sup> ni frente a terceros). Lo que en otras palabras significaba, o mejor, era consecuencia, de que el derecho real limitado, creado, y consignado en la escritura, había quedado extinguido, como dice GÓMEZ DE LA SERNA, al transcurrir el plazo señalado para su toma de razón, por disposición de la ley, como sanción al incumplimiento de la obligación

<sup>54</sup> De acuerdo con la Ley 114, Título XVIII, Partida III “**Valer deven las cartas** [léase escrituras, de acuerdo con la antigua acepción de “carta” que recoge el DRAE de 1780] **para provar con ellas los pleytos** [léase pactos, negocios,... de acuerdo con la antigua acepción de “pleyto” que recoge el DRAE de 1780] **fobreque fueron fechas non aviendo enellas algunas delas falfedades, o menguas que mostramos fafta aqui en las leyes deste titulo porque pueden fer defechadas ... E aun dezimos que toda carta que fea fecha por mano de efcrivano publico, en que aya efcritos los nombres de dos testigos alomenos e el dia, e el mes, e la era, e el lugar en que fue fecha afsi como defufo, mostramos que vale para probar lo que enella dixere... E todo efto que diximos ... de las cartas que deven ser creydas, en juyzio fe entiende, quando aquel que fe quiere aprovechar dellas, muestra la carta ... original, e non el traslado della ...”.**

<sup>55</sup> La ineficacia de las escrituras se extendía a los mismos otorgantes, decía GÓMEZ DE LA SERNA. (*La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 562).

de hacerlo público mediante la toma de razón en el Registro. *El derecho había devenido inexistente (a causa de su extinción) y por lo tanto, la escritura que en su día lo autenticó, no podía producir ningún efecto en cuanto a probarlo y permitir su ejercicio. He aquí la clave del sistema de registro de las antiguas Pragmáticas, sobre el que volveremos después.*

Pese a la sanción civil que hemos descrito para el gravamen no inscrito, las Pragmáticas permitían que la escritura no registrada tuviese valor para otros efectos distintos de la verificación de gravámenes sobre las fincas y persecución de hipotecas, como probar la existencia de derechos y obligaciones *personales* entre las partes contratantes. La ineficacia sobrevenida de los contratos no registrados no era, pues, total.

En segundo lugar, se ordenó que no se juzgasen los pleitos conforme a los instrumentos de contratos, no registrados en tiempo. Esta disposición era consecuencia lógica de la anterior, y evidentemente se refería a que en el pleito se hiciese caso omiso del sedicente gravamen que se pretendiese hacer valer mediante la presentación de la escritura de constitución, reconocimiento, etc... no registrada. Como dice ROCA, la escritura no inscrita debía ser inadmitida por los tribunales, pues la toma de razón era requisito “*sine qua non*” para su admisión. Así por ejemplo, no permitía abrir la vía ejecutiva, para la ejecución de la hipoteca o del censo consignado en la escritura.

Como explican SALA y DE ASSO, las escrituras públicas habrían la vía ejecutiva, por la cual se ejecutaban las sentencias inapelables de las que se había dado carta ejecutoria, pero también aquéllas (las escrituras públicas), siempre que probaran clara e inequívocamente la existencia de una deuda, en cantidad líquida, cuyo pago fuese ya venido (Ley I, Título XXVIII, Libro II de la Novísima Recopilación). Tales circunstancias concurrían en las escrituras hipotecarias y censales, pero no estando inscritas, se las sancionaba con la imposibilidad de abrir la vía ejecutiva *para ejecutar la hipoteca o el censo* sobre la finca supuestamente gravada.

Hay que entender que esta disposición se refería, no al caso de pleitos frente a terceros, sino al caso de pleitos entre las propias partes contratantes, pues para los terceros se establecía otra disposición especial, que es la que mencionaremos a continuación. Así pues, de

lo que se trataba era de establecer una sanción civil de ineficacia sobrevenida del derecho real o gravamen creado, incluso *inter partes*, para los contratos registrables no registrados; la cual se producía, con efectos retroactivos al momento de la conclusión del contrato, *ope legis*, al transcurrir el plazo de toma de razón. Tal ineficacia procedía de la nulidad parcial (en cuanto a las disposiciones de trascendencia real) en que incurría el contrato, al desobedecerse el mandato legal de hacerlo público.

La inexistencia sobrevenida del derecho real, *tanto entre las partes contratantes como frente a terceros* era lógica, pues la realidad es que una relación o vinculación de la cosa a un hombre o existe o no existe, y si existe, el sujeto que ostenta el poder sobre la cosa puede ejercitarlo, sea quien sea el que ostente la posesión o tenencia de la misma (la otra parte contratante o un tercero). Luego, para evitar, que es lo que pretenden las Pragmáticas, que una relación real oculta perjudique a un tercero, hay que sancionarla con su inexistencia absoluta, incluso entre las partes contratantes. De otro modo, se estaría creando un *tertius genus* entre el derecho de naturaleza personal y el derecho de naturaleza real. Las disposiciones de las Pragmáticas son, pues, respetuosas con la naturaleza erga omnes del derecho real.

En tercer lugar se ordenó que no fuese obligado, por tales contratos registrables no registrados, a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque trajese causa de la parte que en dichos contratos otorgase el gravamen sobre su propiedad. Como dice GÓMEZ DE LA SERNA, esta última declaración era consecuencia de la primera<sup>56</sup>. Es decir, porque el gravamen había devenido inexistente, no podía ser obligado a cosa alguna el tercer poseedor. Por tal motivo, igualmente, éste había adquirido “*ab origine*”, una propiedad libre de toda carga. La libertad del dominio adquirido obedecía a la inexistencia del gravamen, cuya extinción se había producido, *ipso iure*, al transcurrir el plazo legal sin haberse tomado razón de la escritura relativa al mismo. Insistimos, ***porque el derecho real limitado o el gravamen no existían es por lo que no podían perjudicar al tercero***. He aquí la clave del sistema de registro de las antiguas Pragmáticas de que hacíamos mención antes.

---

56GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 562.

Estas previsiones legales respetaban la regla lógica de que “nadie da lo que no tiene” (*Nemo dat quod non habet*) y de que “nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene” (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*). Con un ejemplo, se verá claramente. El vendedor de una finca gravada con un censo no inscrito, si era verdaderamente propietario de la misma, al transmitirla por título de compraventa, entregaba una propiedad libre de cargas, porque las no registradas en tiempo no existían jurídicamente, y por lo tanto su finca NO estaba gravada. Transmitía verdaderamente lo que tenía, una propiedad libre y por ello el tercer poseedor no podía estar obligado a nada. El acreedor censualista carecía de todo derecho y acción real que pudiese ejercitar en contra del tercer poseedor, porque ni siquiera los ostentaba frente al vendedor del que aquél traía causa. Nadie puede en este sistema sentirse perjudicado en absoluto. La solución dada al caso responde claramente a la justicia. El acreedor censualista que no registró en tiempo, estando obligado a ello, sufre verdaderamente las consecuencias de su negligencia o de su desobediencia a la ley (su derecho se extingue). El comprador, que no puede conocer el gravamen oculto, no se puede ver perjudicado por el mismo, a causa de la inexistencia a que le condena la ley por el bien común. El vendedor de la finca e imponentor del censo, deberá devolver el capital que se le entregó por la imposición, y si obró con mala fe (por ejemplo, no inscribiendo la escritura que se comprometió a llevar al Registro, para no quedar obligado a pagar los réditos anuales y poder alegar la nulidad del contrato) deberá además resarcir los perjuicios causados.

Estos eran los efectos que la ley preveía para la falta de toma de razón.

Ahora bien, siendo estos los efectos generales previstos, las consecuencias que en uno u otro caso concreto tuviesen, debía depender de la naturaleza del gravamen ante el que nos encontrásemos. Determinar detalladamente esos efectos sería una tarea de gigantes pues ya GÓMEZ DE LA SERNA en 1861, es decir, en una época relativamente cercana a la Pragmática de 1768, consideraba difícil conocer con exactitud la aplicación que los Tribunales habían hecho de las leyes relativas al Oficio de Hipotecas, antes del establecimiento de los recursos de nulidad y casación.<sup>57</sup>

---

57GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 563.

Sin embargo, si podemos afirmar, sin temor a confundirnos, que la sanción para la hipoteca no inscrita era su nulidad absoluta, pues en 1756, el contador de hipotecas de Madrid, Joseph Ballesteros Sabugal, en representación hecha al Consejo de Castilla el 25 de septiembre de dicho año, afirmó que hasta la fecha se habían dado casos de jueces que declaraban **nulos derechos hipotecarios por la falta de toma de razón de los mismos**.<sup>58 59</sup> Lo mismo entiende GOROSABEL<sup>60</sup>. Sin embargo, la obligación principal para cuya seguridad se constituyó la hipoteca que devino nula, era perfectamente válida, e incluso la escritura pública en que se pactó la constitución de la hipoteca, podía ser utilizada para probar tal obligación personal. La Ley Navarra de 1817, Capítulo 9, la cual se redactó inspirándose en la Pragmática de 1768, contempla literalmente estos efectos que apuntamos.

Con relación a los mayorazgos fundados en instrumentos no registrados, suponemos que el vínculo impuesto sobre los bienes y la mayoría quedaban nulos pasado el plazo de toma de razón; y los bienes, consecuentemente libres, para poder ser enajenados o gravados. Era lo lógico, según el espíritu que hemos entendido que tenía la ley. Además, en Navarra, las leyes que luego mencionaremos y que crearon registros de mayorazgos, sancionaron con la nulidad del vínculo y de la mayoría a los no registrados, lo cual es indicio de que en Castilla se operase igual, porque los perjuicios que se seguían al comprador de bienes, de la ocultación del vínculo que pesaba sobre aquéllos, y que se pretendían evitar en uno y otro Reino, eran en esencia los mismos.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria... Op. cit.* Pág. 196.

<sup>59</sup> El Contador habla de casos y no de “en todo caso”, porque no todos los jueces aplicaban como debían las disposiciones del Auto Acordado de 1713 y de la Pragmática de 1539. Todavía existía quienes admitían en juicio con igual valor, las escrituras registradas y no registradas, anulando con este proceder todos los beneficiosos efectos buscados por aquéllas.

<sup>60</sup> PABLO GOROSABEL, en su “*Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación; Escrita bajo el método de los códigos modernos*” (Imprenta de la Viuda de la Lama. Tolosa, 1832) redactó dos artículos del tenor siguiente:

Art. 868: “Toda obligación en que se constituye hipoteca, debe ser registrada en el oficio de hipotecas del partido judicial, donde se halle sita la finca que se hipoteca”.

Art. 869: “**Si se omite el registro no se entiende hipotecada la finca, y quedará el contrato en calidad de meramente personal**”.

<sup>61</sup> El Mayorazgo era una vinculación civil y perpetua de ciertos bienes, sujetos al gravamen de que se conservasen perpetuamente íntegros en la familia, y en la que se sucedía por el orden señalado por el fundador del Mayorazgo en el testamento o escritura de fundación, si el mayorazgo era irregular, o, en su defecto, por el orden que establecían las Partidas para la sucesión de la Corona (por orden sucesivo, en favor del próximo primogénito). Los bienes sobre los que se había establecido el Mayorazgo no podían enajenarse, ni hipotecarse, ni darse en enfiteusis, ni gravar con censo, ni permutar, ni gravar con servidumbre, ni dar por vía de

Qué ocurriese con los censos no registrados, es tema del que no hemos conseguido encontrar una respuesta definitiva.

Como la naturaleza del censo consignativo era discutida (se dudaba si eran hipotecas, servidumbres o incluso un *tertius genus* de naturaleza peculiar y propia<sup>62</sup>), no podemos decir, sin más, que se les aplicase analógicamente la solución dada a las hipotecas no inscritas, esto es, la nulidad del gravamen sobre la finca pero la subsistencia de la obligación de pagar los réditos como obligación personal, exigible por medio de acción personal y sobre cualesquiera bienes del deudor. Además, una solución en dichos términos hubiera significado considerar el censo como un derecho a una renta personal (que gravaba directamente a la persona),

---

transacción, salvo utilidad pública, necesidad, o utilidad del Mayorazgo. Si concurrían tales circunstancias, cabía enajenar bienes; pero se requería licencia real para la enajenación, conocimiento de causa en la que se justificase la utilidad del mayorazgo o la necesidad, y citación del sucesor inmediato.

Si la venta de un bien del mayorazgo, por ejemplo, no se había verificado así, el comprador no adquiriría el dominio y el futuro poseedor del Mayorazgo podría ejercitar contra él la acción vincular, reclamando el bien. Además no cabía usucapión ordinaria de los bienes del mayorazgo, por lo que el comprador de buena fe no podía ampararse en ella para paralizar el ejercicio de tal acción. Si cabía la inmemorial, en la cual se presumía que habían concurrido todos los requisitos necesarios para la enajenación, especialmente la licencia real.

Para evitar los perjuicios que el comprador de buena fe, ignorante del Mayorazgo y de la vinculación que gravaba el bien objeto del contrato de compraventa, podía sufrir, es para lo que se ordenó inscribir en el Oficio de Hipotecas los instrumentos de fundación de los Mayorazgos, so pena de no hacer fe y no poderse juzgar los pleitos por ellos. De este modo el comprador había adquirido *ab origine* el dominio, ya que el vínculo sobre el bien quedó nulo al haber transcurrido el plazo para la toma de razón. (Véase *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo - Americana*. Tomo XXXIII. Voz: "Mayorazgo". Espasa - Calpe, S.A.. Madrid, 1917. Pág. 1336 y 1339; GOROSABEL. *Redacción del Código Civil... Op. cit.* Arts. 274 y 305).

<sup>62</sup> COVAR argumentaba en contra de los que decían que el censo tenía la calidad de hipoteca que "esta hipoteca no sigue en todo las reglas de las demás, porque el comprador del censo puede reconvenir el pago de las pensiones al que compró la cosa censada, saltando al que la enajenó después de haber consignado el censo".

El autor se refiere a que en el caso del censo consignativo no es preciso hacer excusión en los bienes del vendedor del censo, antes de dirigirse contra el poseedor de la finca acensuada, cosa que sí se exigía con relación a la hipoteca. El acreedor, antes de dirigirse contra el tercer poseedor de la finca hipotecada, debía haber intentado cobrar su crédito del deudor principal mediante el procedimiento de excusión de los bienes. (Ley 14, Título XIII, Partida V). En cambio el censalista a quien el imponente del censo, que ha transmitido la finca acensuada, debía réditos devengados antes de la transmisión, podía exigirlos directamente al tercer poseedor (en aplicación de las leyes romanas sobre vectigales o tributos reales. Ley 7ª, Título IV, Libro XXXIX, Digesto), aunque el comprador de la cosa, podía reclamarlos luego del vendedor.

MOLINA, VELA y SALA consideran que el censo consignativo constituye una servidumbre, siendo la acción para exigir las pensiones, dice SALA, una acción "*in rem scriptae*", que siempre se dirige contra el poseedor del censo. De ahí el no poder valerse el poseedor del beneficio del orden o excusión.

Según BENITO GUTIÉRREZ, el censo no es hipoteca, pero "...tampoco es servidumbre, pues, aunque el censuario está obligado a pagar la pensión a la manera que el dueño del predio sirviente sufre la carga de su servidumbre, hay diferencia entre un caso y otro, diferencia que se hace sentir en la acción y en el modo de utilizarla". (Véase, SALA, JUAN. *Ilustración ....* Tomo I. *Op. cit.* Pág. 316 y ss; OLIVER y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 256; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios fundamentales...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 647 y 656).



garantizable por medio de hipoteca, pero el censo no era tal, ni mucho menos sino **un derecho de retirar una parte de las utilidades de la cosa, por lo que si no existe tal derecho a una pensión sobre la cosa, no es posible percibir rédito alguno a título de censo.**

El censo era el **derecho de retirar una parte de las utilidades de la cosa.** Como dice AVENDAÑO, el censo consignativo es “un contrato de compraventa por el que se adquiere el derecho de percibir *los réditos anuales provenientes de los frutos de la cosa inmueble censual en que se halla impuesto, en cuya compra interviene el precio que es el capital por el que se compra el censo*” o, como dice MOLINA, la venta pro - indiviso de parte del derecho en la cosa sobre que está consignada.

De estas definiciones se desprende que es *esencial* al censo el estar impuesto sobre cosa fructífera inmueble y el poder retirar una parte de las *utilidades de la cosa* (percepción de una renta "real"), que es en lo que consiste el gravamen, por lo que faltando la afección de la finca al sujeto *con derecho a retirar sus utilidades, el censo no existe como gravamen y desde luego no existe derecho alguno a exigir una pensión personal a la otra parte contratante.*

Por lo tanto, quedando nula la afección de la finca por la falta de inscripción de la escritura censal no es razonable pensar que "subsistiese" una obligación personal del censatario frente al censalista al pago de la pensión pactada, pues tal obligación *no tendría razón suficiente de existencia.* Máxime cuando el censo se extinguía totalmente por perecimiento de la cosa o por devenir ésta infructífera, lo que demuestra que el derecho a la renta gravaba a la cosa y no a la persona.

A mayor abundamiento, valgan las afirmaciones de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, negando la existencia de censos personales:

“Tampoco es cierto que en él (en el censo consignativo) se contraiga verdadera obligación personal, por la cual el ... [censatario] o sus herederos que no posean la cosa censida deban pagar las pensiones; pues aunque se habla de censos reales y personales y la ley 9ª (Tit. XV, Libro X de la Novísima Recopilación) parece confirmar esta división, contando tres especies de censos consignativos, reales, personales y mixtos; **sabido es que no existen semejantes censos personales;** el

legislador al mentarlos, conformándose con el modo vulgar de hablar, no manifestó deseo de reconocerlos y aprobarlos, lo que dijo fue que todos, sin distinción de nombres, deberían quedar reducidos al tipo de 100 por 3".<sup>63</sup>

Atendiendo, pues, a la peculiar naturaleza del censo, nos inclinamos a entender que el contrato de censo no inscrito no subsistiría en ningún aspecto, ni siquiera de índole meramente personal, pues ello no era posible, no estando obligado el censatario al pago de pensiones

En cuanto a la devolución del capital entregado, que parece inicialmente que podría reclamar el acreedor como consecuencia de la nulidad, era una situación que podía dar lugar a fraudes (el censatario comienza a pagar las pensiones fiado en que la finca está gravada, porque la escritura habrá sido inscrita en tiempo por el censalista, y luego éste, sin embargo, le reclama el capital entregado, fundándose en la nulidad del contrato censal, que voluntariamente dejó de inscribir, para poder recuperar un capital inexigible de otro modo <sup>64</sup>). Es por este motivo que la Ley Navarra, que más adelante comentamos, contempló especialmente el supuesto de los censos no inscritos, dándole una solución particular, que en lo relativo a la cantidad entregada para la constitución del censo pasaba por no poder reclamarla ni el acreedor censalista que no registró la escritura censal, ni sus herederos. Solución ésta, que si bien no se contemplaba expresamente en la Pragmática de 1768, quizás aplicaron los Tribunales, dada la peculiar naturaleza de los censos, distinta de la de las hipotecas.

He aquí, pues, algunos de los efectos que, en especial, producía la falta de inscripción de los títulos registrables en la Contaduría de Hipotecas.

---

<sup>63</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios fundamentales...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 597, 658, 659.

<sup>64</sup> En un censo eficazmente constituido, el censatario no puede ser obligado a redimir el capital entregado, sino que, si el censo es redimible, el acreedor censalista debe esperar a que tal redención voluntaria se produzca. Lo que si puede exigir normalmente el censalista es el pago de las pensiones, bien por acción personal nacida del contrato, bien por acción real nacida del derecho sobre la finca. En este caso, la finca se ejecutará en pública almoneda, cobrándose el acreedor, del precio obtenido en la subasta, los réditos debidos y costas causadas; devolviéndose el resto al censatario, y quedando la finca para el rematante con el gravamen del censo, salvo que lo redima.

A modo de conclusión de lo expuesto y como idea clave del sistema de registro creado por las dos Pragmáticas y el Auto Acordado que hemos comentado, queremos destacar que **el título inscribible, no inscrito en el registro, no perjudicaba a tercero porque NO EXISTÍA**. El negocio jurídico por el que se creaba el gravamen o el derecho real limitado no susceptible de manifestación posesoria, inicialmente eficaz para tal creación, devenía nulo por su falta de publicación obligatoria, en cuanto a las disposiciones con transcendencia real pactadas por las partes. Consecuentemente, como lo que es nulo, no puede producir ningún efecto, la ley, al transcurrir el plazo legal para la toma de razón, extinguía *ipso iure* el derecho o gravamen inicialmente creado, de modo que el derecho devenía inexistente, y como tal, no perjudicaba a tercero.

Igualmente queremos destacar, que tal principio estaba en perfecta armonía con la naturaleza del derecho real, como hemos explicado, y que era igualmente respetuoso de las reglas tradicionales del derecho civil, fundadas en la sana lógica, de que nadie da lo que no tiene, y de que nadie puede transferir a otro más derecho del que uno mismo tiene. Las Pragmáticas dejaban intacto el Derecho Civil vigente en Castilla y sólo pretendían dar publicidad a gravámenes que carecían de la que otorgaba la posesión, con el fin de evitar estelionatos. Más adelante, al hablar del estado de opinión, creado a mediados del siglo XIX, sobre la necesidad de reforma del sistema registral inmobiliario vigente, volveremos a hacer mención del papel que jugaba la Contaduría de Hipotecas en la ordenación civil de la propiedad.

### **III. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL DERECHO DE LA CORONA DE ARAGÓN.**

#### **1. En el Derecho Foral Aragonés.**

En 1398 se creó en Aragón, en virtud de un fuero dado por sus Cortes (Fueros del Reino de Aragón, 8, 7, 3), un registro judicial de donaciones. Se pretendía evitar que se otorgasen donaciones simuladas en perjuicio de acreedores legítimos. Veámoslo:

En el Derecho Foral Aragonés, la donación (igualmente la compraventa o cualquier otra enajenación) otorgada en escritura pública, confirmada por testigos y un fiador de derecho, transmitía inmediatamente el dominio y posesión, sin necesidad de que se entregase la cosa, siempre que el enajenante hubiese manifestado en la escritura su voluntad de transmitir el dominio o la posesión. La posesión material de la cosa donada podía, pues, permanecer en manos del enajenante que, sin embargo, había perdido el dominio de la misma, por el otorgamiento de la escritura.

Si A simulaba con B una donación en escritura de las citadas características, permaneciendo A en la posesión de la cosa aparentemente donada, la cual hipotecaba luego a C (quien debido a la apariencia posesoria, creía dueño a A), cabía que, si C ejecutaba la finca por impago de la deuda, B concurriese en la ejecución presentando su título simulado de donación y alegando su propiedad y la nulidad de la hipoteca, con el resultado de alzarse la ejecución y quedar C absolutamente burlado.

Para evitar estas situaciones, el fuero ordenó que la donación de 500 o más sueldos jaqueses, *para tener eficacia legal*, debía ser comunicada por el donante, con el consentimiento del donatario, al Juez ordinario, para que éste, tomada razón de la misma en el Registro del Tribunal, la confirmase y ratificase. El registro de la donación tenía un valor sustantivo, pues la donación no inscrita carecía de existencia jurídica.<sup>65</sup>

ROCA dice, en cambio, que la donación no inscrita no hacía fe en juicio ni fuera de él contra persona alguna.<sup>66</sup>

Además, la donación otorgada antes, pero inscrita con posterioridad a la hipoteca constituida en favor de un acreedor sobre el bien donado, no perjudicaba a éste. La inscripción tenía, pues, un efecto negativo muy importante respecto de tercero.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 265

<sup>66</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. *Derecho hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág. 666.

<sup>67</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 265.

Prueba de que la idea del Fuero era evitar las donaciones secretas que no podían ser conocidas por el acreedor, fue el mandato que incluyó de que los donatarios, en virtud de donaciones hechas con anterioridad a la promulgación del Fuero, que no estuviesen en posesión material de los bienes donados, debiesen inscribirlas dentro del año siguiente a dicha promulgación, so pena de quedar privados de todo derecho sobre dichos bienes.<sup>68</sup>

En 1442, las Cortes de Zaragoza vinieron a establecer una especie de registro de compraventas de bienes inmuebles, con la misma finalidad de evitar fraudes a terceros a raíz de compraventas verificadas en escritura transmisora del dominio y con conservación de la posesión material por el vendedor. Se ordenó a los compradores que no tuviesen la posesión material de las fincas, exhibir dentro del año siguiente a la publicación del Fuero, los títulos de compraventa ante el juez ordinario, con previa citación del vendedor o sus derechohabientes o los poseedores de los bienes, para que se tomase razón de los mismos en un registro del juzgado *so pena de nulidad de las tales compraventas*.<sup>69</sup> De este modo se evitaba que un vendedor que conservaba la posesión material de la finca vendida, operase fraudulentamente hipotecando la finca ya transmitida, con burla del acreedor, que vería luego como su supuesta garantía era nula. *La publicidad de las compraventas, sin traslado de la posesión material al comprador, era suplida por dicho registro.*

## 2. En el Derecho Foral Catalán.

En las Cortes de Barcelona del año 1503, presididas por el rey Fernando II se otorgó la Constitución “*Per tolre fraud*”, disponiéndose que “para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las donaciones que se otorgan, ... cualquiera donaciones que se hicieren, universales o de la mayor parte del patrimonio, o que excedieren de 500 florines, ***deben ser registradas*** en las curias de los Ordinarios en la capital de la Veguería donde dichas donaciones se otorgaren, [figura equivalente a lo que serían hoy los jueces de primera instancia] haciendo constar el día en que dichas donaciones se registren en un libro que se denominara “De donaciones y heredamientos”, bajo un índice que contenga los nombres y

---

<sup>68</sup> Ibidem. Pág., 266.

<sup>69</sup> Ibidem.

apellidos de los donadores, donatarios y Notario que hubiera autorizado la donación; y si tales donaciones **no fueran registradas** [en dicho libro] **diez días antes del préstamo o contrato, [que celebre el mismo donante] no perjudiquen ni puedan perjudicar a los acreedores, censualistas ni a los otros que tengan sus créditos en escrituras o albaranes aunque sean posteriores” [a la fecha de otorgamiento de la donación].**<sup>70 71</sup> Existía igualmente, pues, en la creación del registro, de inscripción obligatoria, una voluntad de evitar fraudes.

### 3. En el Derecho Foral Valenciano.

En el Derecho Foral Valenciano también existió un registro de donaciones con una regulación semejante al de Aragón. Se recogió en la ley 17, rúbrica 5ª, libro V del Fuero del Reino de Valencia.<sup>72 73</sup>

### 4. Extensión de la Pragmática de 31 de enero de 1768 a la Corona de Aragón y problemas que suscitó su aplicación en Cataluña.

Dijimos antes que la Pragmática de 31 de enero de 1768 tuvo la peculiaridad de extender su ámbito territorial de aplicación a la Corona de Aragón y por lo tanto, también a Cataluña. Sin embargo, en dicho territorio, por las circunstancias particulares del Principado,

<sup>70</sup> El albarán o albalá era un documento público.

<sup>71</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág. 665.

<sup>72</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Pág. 147.

<sup>73</sup> Todos estos registros de donaciones se hicieron a imitación de la Insinuación de donaciones que ya conoció el Derecho Romano. Consistía en una intervención de un magistrado en el acto y la constatación del mismo en los *gesta o acta pública*. Se pretendía evitar con ello las donaciones excesivas, protegiendo al donante contra su exagerada liberalidad; asegurar la espontaneidad de la donación y su veracidad; **evitar fraudes a acreedores** y dar al donatario un principio de prueba de la transmisión. Primeramente fue facultativa, pero Constantino Cloro la impuso como formalidad obligatoria. Constantino prescribió “la redacción de un escrito con el nombre del donante y la naturaleza de la cosa, la tradición real ante testigos y la consignación en los registros judiciales. **Justiniano limitó la insinuatio a las donaciones que excedieran de 500 sueldos**, y ordenó que se hiciera ante el *defensor civitatis*”. El Código de Alarico o Breviario de Aniano reproduce el Edicto de Constantino sobre la *insinuatio* y acepta las reglas sobre la misma del Código Teodosiano. Se exige que la formalidad tenga lugar ante los magistrados municipales, decuriones y defensores de la ciudad, y se establece como obligatoria para las donaciones, aunque se usaba también para las compraventas y testamentos. En el Código de las Siete Partidas la *insinuatio* se exigió para las donaciones de más de 500 maravedís de oro (Ley 9ª, tit. IV; *Partida* 5ª). (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1948. Págs. 29 y ss).

su aplicación suscitó dudas que llevaron a la Real Audiencia de Cataluña a hacer una Consulta al Rey, con diversas peticiones, en 3 de julio de 1769. El texto de la Consulta, inédito hasta su publicación por SERNA VALLEJO, se conservaba en el Archivo de la Corona de Aragón. Sección Real Audiencia. Consultas. Libro XII de consultas de la R.A. Del Reinado del señor D. Carlos III. Año de 1769. Libro de registro núm. 89, fs. 556v. - 564v.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Pág. 206, 623 y texto íntegro en el APÉNDICE (Págs. 647 a 655). Entre las dudas planteadas nos merecen atención la primera, la segunda y la cuarta.

**La primera duda** versaba sobre si debían o no inscribirse las escrituras que contuviesen hipoteca general de bienes, puesto que los mismos daños que se pretendían evitar con la inscripción de las hipotecas expresas, los podían experimentar los compradores y acreedores posteriores a los que se ocultase la existencia de una hipoteca general. “Al comprador de una finca afecta a una hipoteca general anterior - decía la Real Audiencia - junto con la finca le pasa la obligación de pagar el crédito, de cuyo pago en sus casos solamente puede librarse con la dimisión de la finca, (abandono de la misma en favor del acreedor) viéndose precisado a quedar privado de la cosa que le quita el acreedor anterior, y del precio que ya entregó al vendedor que le engañó, ocultándole la obligación general a que estaba afecta la finca que le vendía. De suerte que este miserable comprador para ver si puede conseguir su indemnidad, y no perderlo todo, se ve precisado a seguir un litigio, las más veces largo y costoso contra la intención de los señores reyes Doña Juana, Don Carlos y Don Felipe II en las Pragmáticas de que se formó la Ley 3, Título 15, Libro 5 de la Nueva Recopilación que introdujeron el registro para evitar los pleitos que se seguían de ignorar los compradores los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran.

Los acreedores si aquél con quien contratan tiene ya todos sus bienes gravados con hipotecas generales, pierden necesariamente su caudal, aunque se hayan precaucionado con una especial hipoteca, porque ésta no tiene prelación alguna, debiendo concurrir al cobro con los acreedores de hipotecas generales según su prioridad de tiempo, y mejoría de derecho. Este daño no podrá evitar ningún acreedor si no se registran las escrituras que contengan hipotecas generales, no quedando otro medio para cerciorarse del estado del deudor...”

**La segunda duda** versaba sobre la persona obligada a instar la inscripción. Si era el escribano otorgante el que debía remitir al Registro la escritura para la toma de razón, o bien era la parte interesada, inclinándose la Audiencia por entender que siendo la parte la mayormente interesada en la inscripción “**por no poder el instrumento sin esta solemnidad producir efecto alguno a su favor**”, parecía más conforme a razón que la misma parte interesada cuidase de que el instrumento se registrase. (En el texto de la Consulta de la Audiencia se hace un examen pormenorizado de los preceptos de la Pragmática que suscitaban dicha duda y de las interpretaciones a que podían dar lugar).

**La cuarta duda** versaba sobre la dificultad que presentaba la inscripción de determinados actos. En primer lugar, las ventas de bienes que conste estar gravados, pues no es fácil averiguar si existe o no gravamen, si éste es anterior a la Pragmática de 1768, “porque no podrá constar por el Oficio de Hipotecas”. La Audiencia propone, para salvar la dificultad, inscribir todas las ventas de bienes inmuebles: “A vista de esta dificultad, atendido que para evitar los fraudes y engaños, que intenta precaver la misma Real Pragmática, conviene que los contrayentes mutuamente sepan o puedan saber sus haberes, parece que absolutamente deben registrarse todas las ventas de bienes raíces, conste o no conste que están gravados, con lo que se evitará el grave inconveniente ponderado arriba sobre la primera dificultad”. En segundo lugar, presentaba dificultades la inscripción de los vínculos o fideicomisos pues, “por lo regular no son tan claros, que puedan llegar a conocerlos las partes, ni aún los escribanos (para poder advertir a las partes de su obligación de inscribir, lo cual les ordenaba la Pragmática). Por tal motivo, se propone establecer como regla general el registro de toda institución de heredero a quien se diere sustituto; y como los fideicomisos o vínculos se ordenaban en Cataluña en las donaciones que en cartas matrimoniales hacían los padres a los hijos cuando se casaban, se propone la inscripción de dichas donaciones. Además se propone la inscripción de los vínculos o fideicomisos ordenados en testamento y donaciones, aunque no se designen en las fundaciones los bienes que comprenden.

El 6 de septiembre de 1769, el Consejo de Castilla resolvió por medio de orden comunicada, aceptando las peticiones formuladas por la Real Audiencia de Cataluña en su consulta. Consecuencia de la resolución del Consejo fue la publicación de un Edicto de 11 de julio de 1774, dado por Don Felipe de Cabanes, Gobernador y comandante General interino del Principado y presidente de su Real Audiencia, siguiendo lo acordado por la orden comunicada. (SERNA VALLEJO)

En dicho Edicto, para dar una base sólida a la Pragmática de 1768 y procurar su ejecución y cumplimiento, se ordenó:

“2. [Registrar] ... tanto las escrituras é instrumentos que contengan obligacion especial de bienes, como los que la incluyan general, a fin de que puedan los acreedores y cualquiera interesado, antes de celebrar sus contratos o para el fin de precaver sus intereses, saber las responsabilidades a que estén ligados los bienes de las personas, con quienes hubieren de tratar...”

3. [Registrar] ...todas las escrituras de venta de bienes raices, conste ó no que se hallan gravados, ... toda institución de heredero o heredades, á quien ó quienes se diere substituto, ... las donaciones, que acostumbran hacerse en contratos matrimoniales, instituyendo vínculos o fideicomisos ... y todas las fundaciones de vínculos o fideicomisos, aunque en ellas no se señalen ni especifiquen los bienes sobre que recaen; en la inteligencia de que por lo tocante á testamentos ... cerrados, no deberán correr los términos señalados para el registro, sino desde el dia de su apertura y publicación.

7. [Registrar] ... las escrituras de redención o liberación ...” aunque no se hallase inscrita la obligación. (Del texto de la Pragmática de 1768, parecía deducirse que el registro de dichos instrumentos era facultativo).<sup>75</sup>

Según SERNA VALLEJO, “esto quiere decir que a partir de 1774 en los Oficios de hipotecas de Cataluña deben registrarse las hipotecas, tanto expresas como generales, los testamentos, abiertos y cerrados, siempre que su contenido suponga una vinculación de bienes y las donaciones hechas en contrato matrimonial que originen también una vinculación de

<sup>75</sup> Las citas del Edicto se toman de la publicación del mismo que hace SERNA VALLEJO en el Apéndice de *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Págs. 657 - 660.



bienes”, además de todos los contratos de compraventa de bienes raíces, delimitándose como consecuencia de ello un régimen jurídico para los Oficios del Principado de Cataluña, más amplio que en el resto de España. Esto dará lugar, en su opinión, a que las reformas de los Oficios que se producen en el siglo XIX, prácticamente no afecten a Cataluña.<sup>76</sup>

Resalta GÓMEZ DE LA SERNA que son apreciables ciertas diferencias entre la Pragmática de Carlos III y el Edicto especial para Cataluña. Mientras que en la Pragmática se sujetaba a inscripción las hipotecas expresas, en el Edicto se sujetaba también las generales; “aquella se concretaba a los contratos y actos entre vivos, y esta se extendía á las adquisiciones por última voluntad”. Además el Edicto hacía obligatoria la inscripción de las liberaciones y redenciones, que era voluntaria en la Pragmática.<sup>77</sup> Sin embargo, teniendo presente lo que apuntaba SAHAGÚN DE MARFÁ sobre la ampliación *a posteriori* del objeto registrable de la Pragmática de 1768, lo cierto es que el objeto del Registro en Cataluña y en el resto de España era bastante similar, diferenciándose aquél quizás, sólo en lo relativo a la inscripción de toda suerte de compraventa y en lo relativo a la inscripción de donaciones matrimoniales que establecían fideicomisos. Y aún esto último, era posible entenderlo incluido en la amplia redacción de la Pragmática de Carlos III, precepto II.

**En todo caso, ninguna duda suscitaron en Cataluña las consecuencias fijadas a la falta de inscripción de los actos y contratos registrables. Ahora bien, al haberse ampliado el objeto del Registro en el Principado, suponemos que hubo de entenderse, por fuerza, que lo predicado por la Pragmática de 1768 del objeto registrable que ella había delimitado, en caso de faltar la toma de razón, debió ser predicado en Cataluña del más amplio objeto inscribible, fijado por el Edicto de 1774 y en consecuencia de las hipotecas generales, compraventas etc..., no registradas.**

---

<sup>76</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Pág. 212

<sup>77</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 111.

#### IV. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS REGISTRABLES EN EL REINO DE NAVARRA.

##### 1. Los Registros de mayorazgos y de fideicomisos.

En 1583, para evitar los perjuicios derivados de que se vendiesen por los poseedores de los mayorazgos bienes vinculados como libres,<sup>78</sup> las Cortes de Tudela solicitaron que “los vínculos y mayorazgos de 10.000 ducados de propiedad ó 500 de renta, se registrasen ante los Secretarios de los Regimientos de los pueblos donde los hubiese, y sinó, en las cabezas de merindades, y que no siendo vínculos de dicho valor ó *no estando registrados, no se tuvieran los bienes por vinculados*”<sup>79</sup> y *fuese nulo el vínculo y mayoría de ellos*. Resultado de esta petición, fue una ley que constituyó la Ley V, Título XV, Libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, hechas en sus Cortes generales desde el año 1512 hasta el de 1716 inclusive.<sup>80</sup>

En 1678, las Cortes de Pamplona extendieron la obligación de registro a los bienes gravados con fideicomisos perpetuos (Ley VI, Título XV, Libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra).

Parece ser que estas dos leyes cayeron en desuso pues en 1701, las Cortes de Pamplona reconocieron que desde su promulgación no habían estado en observancia. Por tal motivo, solicitaron que los mayorazgos y fideicomisos perpetuos que debieron registrarse y no lo hicieron, subsistiesen como tales, y que para lo sucesivo, los que se constituyesen se registrasen en el Tribunal de la Cámara de Comptos, debiendo los escribanos testificantes remitir al mismo los instrumentos en que se fundasen, dentro de los 15 días siguientes al otorgamiento, si la fundación se había verificado por medio de contrato inter vivos y después de haber muerto el testador, si la fundación se había verificado por medio de testamento. La misma obligación de remitir los instrumentos tendrían los escribanos cuando testificasen

---

<sup>78</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...* Op. cit. Pág. 136.

<sup>79</sup> GALINDO DE VERA Y ESCOSURA Y ESCOSURA. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria...* Op. cit. Págs. 48 y 49.

<sup>80</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. Op. cit. Loc. Cit.

agregaciones de bienes a mayorazgos ya fundados. El Rey accedió a la petición de las Cortes, que dio lugar a la Ley VII, Título XV, Libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra).<sup>81 82</sup>

## 2. El Oficio de Hipotecas en Navarra.

Navarra mantuvo sus peculiaridades jurídicas incluso después de que Felipe V accediese al trono, por ello la Pragmática de 1768 no se aplicó en Navarra. Pero viendo los tres estados del Reino que había sido muy útil el establecimiento de los Oficios de Hipotecas en los Reinos de Castilla y Aragón, suplicaron al Rey Fernando VII su creación, en las Cortes de 1817. Accedió el Rey a la petición de las Cortes, elevándose a Ley todas y cada una de las condiciones que expresaron, resultando la **“Ley de Cortes de Navarra de 19 de mayo de 1817 por la que se establecen los oficios de hipotecas en este Reino”** ( “Ley 37 del Quaderno de las Leyes y Agravios reparados a suplicación de los tres estados del Reino de Navarra en sus Cortes generales celebradas en la ciudad de Pamplona los años 1817 y 1818 por la Magestad del Señor Rey Don Fernando III de Navarra y VII de Castilla ..., Pamplona, 1819, fs. 80 - 85”).<sup>83</sup>

La Ley sujetaba a registro obligatorio las escrituras de censos; las escrituras en que hubiese hipoteca especial y expresa de bienes raíces de cualquier clase y condición, y las escrituras de fundación de Mayorazgos, vínculos, Aniversarios, Pías Fundaciones, Capellanías Eclesiásticas y Seculares y Patronatos de legos, aunque se estableciesen en favor del Fisco, la Iglesia, Comunidades, u otros cualesquiera cuerpos privilegiados. Este objeto registrable de los Oficios de Hipotecas que se creaban, enlazaba directamente con el Derecho histórico

---

<sup>81</sup> Ibídem, Pág. 137 y 138.

<sup>82</sup> Además de estos registros de mayorazgos y fideicomisos perpetuos, Navarra tuvo un registro de donaciones, similar al de Aragón, para evitar fraudes, cuya regulación se recogió en la ley 2ª, Título VII, Libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Pág. 147).

<sup>83</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria...* *Op. cit.* Págs. 213, 623 y 661 a 666. El texto de la Ley de 1817, inédito hasta la publicación de esta obra se recoge íntegro en su APÉNDICE, en las mencionadas páginas 661 a 666, de donde tomamos todas las citas de la Ley .

navarro, como afirma SERNA VALLEJO,<sup>84</sup> y como se desprende de lo que hemos explicado antes sobre los registros de mayorazgos y de vínculos.

Pese a la amplitud de este objeto registrable, las disposiciones de la Ley en cuanto a los efectos de la toma de razón o de su falta, parecían circunscribirse en su literalidad a las escrituras hipotecarias y censales, como veremos, pero el espíritu y finalidad de la Ley inducen a pensar que determinados efectos se predicaban de *cualquier* instrumento sujeto a registro.

Si el registro se cumplía en los plazos señalados como obligatorios, la escritura de constitución del derecho real o del gravamen tenía efectos *desde la fecha del otorgamiento*, determinándose la prioridad entre acreedores que practicaban la inscripción en plazo, por la fecha del otorgamiento. En otras palabras, la escritura inscrita en plazo producía efectos desde su otorgamiento, aunque en el tiempo intermedio entre el otorgamiento y la inscripción de la misma, hubiese celebrado el deudor otro contrato sujeto a inscripción que se registrase primero:<sup>85</sup>

“... cumpliéndose con dicha **cualidad del registro** dentro de el término asignado en la Ley, **empieze a obrar la escritura, y el valor de las hipotecas especiales desde la fecha de el instrumento**,<sup>86</sup> de suerte que, aunque en ese medio tiempo hiciese el deudor otro contrato de los sujetos á la cualidad de el registro, y se cumpliese con este antes que el primer acreedor cumpliese con el suyo, practicándolo este dentro de el término que la Ley le confiere, será preferido el derecho de este primer acreedor, **por pedirlo así la naturaleza y justicia de su contrato, y la razon de evitar los fraudes que le podían preparar el deudor y posterior contrahente** contra la idea de seguridad que se propuso al tiempo de hacer el suyo ...”. (Capítulo 11)<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria ... Op. cit.* Pág. 214.

<sup>85</sup> CANALES E IBÁÑEZ, NICOLÁS. *Legislación Hipotecaria Española ... Op. cit.* Pág. 80.

<sup>86</sup> En caso de igualdad de fechas de otorgamiento se tiene en cuenta la hora, como se desprende de la Capítulo 4 donde se preceptúa que en la toma de razón se haga mención del lugar del otorgamiento, “la HORA, el día, mes y año”.

<sup>87</sup> Si dos acreedores verificaban el registro, pero fuera de plazo, en tal caso era preferido el que primero había practicado el registro, aunque su escritura fuese de fecha posterior. De este modo se evitaba que el retraso del primero perjudicase al segundo, que no pudo tener conocimiento del derecho anteriormente creado en favor del primero. “... **En concurso de dos acreedores que ambos hubiesen hecho el registro fuera del término respectivamente señalado en la Ley, será preferido el derecho de el que primero lo hubiese practicado, aunque el instrumento de su crédito sea posterior en la data ...**” (Capítulo 11). Para determinar

Si faltaba la toma de razón en plazo, la Ley declaraba la nulidad o ineficacia de las hipotecas especiales no inscritas, dejando el carácter de personales a las obligaciones que contuviesen las escrituras, como dice CANALES E IBÁÑEZ.<sup>88</sup> Literalmente, la Ley establecía estos efectos para la falta de toma de razón *de las escrituras hipotecarias*, pero es de suponer que, dada su finalidad y espíritu, tal efecto se entendiese predicado de todo instrumento registrable no registrado. La Capítula 9, que era la que preveía la sanción para la escritura hipotecaria no inscrita tenía el siguiente tenor:

**“9. Item, que no cumpliéndose con el registro en la forma que queda advertida,<sup>89</sup> sea nula y de ningun valor y efecto la hipoteca especial contenida en las escrituras, y estas han de considerarse sin ningun valor ni derecho para el efecto de entenderse obligados los bienes expresados en ellas, y para perseguirlos en juicio ni fuera de dél; en la misma forma que si no se hubiesen gravado semejantes fincas, subsistiendo dichas escrituras para solo el de perseguir por ellas el crédito que suena en el contrato como una deuda suelta contra el contraherente y sus herederos en la misma forma y circunstancias que cualquiera otra escritura en que únicamente se estipulase una obligación personal”.**

Del texto de esta Capítula es posible deducir, en primer lugar, el carácter obligatorio y no constitutivo de la inscripción en el Oficio, pues se dice que la escritura no inscrita en plazo, no tendrá ningún valor *en la misma forma que si no se hubiesen gravado semejantes fincas*, luego se admite que el gravamen hipotecario o de otra clase existió inicialmente al margen del Oficio. En segundo lugar, es posible deducir que la pérdida de valor probatorio y de medio persecutorio de los bienes de las escrituras no inscritas, era consecuencia de la sanción de nulidad, y por lo tanto de ineficacia, de la hipoteca contenida en el instrumento no registrado.

---

la preferencia entre acreedores se tenía en cuenta incluso la hora, como se desprende de la Capítula 6, en que se indica que el Escribano de Ayuntamiento hará constar en la copia fehaciente de la escritura presentada a registro, una nota diciendo: "Tomada la razón en el oficio de hipotecas de tal ciudad, villa ó lugar, con espresion del día, HORA, mes y año", firmándola, y devolviendo luego la escritura al interesado.

<sup>88</sup> CANALES E IBÁÑEZ, NICOLÁS. *Legislación Hipotecaria Española ... Op. cit.* Pág. 80.

<sup>89</sup> Esto es, en los plazos indicados en la Capítula 8: 10 días, si el otorgamiento se verificaba en el lugar en que radicase el Registro competente (el del lugar en que existan los bienes) y 20 días, si se verificaba en lugar distinto. Según GÓMEZ DE LA SERNA, en éste último caso, el plazo era de 30 días. No sabemos a qué obedece esta divergencia de plazos, cuando este último autor remite a la misma Capítula 8.

En esta Ley, inspirada en la Pragmática de 1768, se dice expresamente, lo que en aquélla tuvimos que inducir.

Dado que lo que se prescribía en la Capítula 9, a pesar de referirse exclusivamente al derecho real de hipoteca, era, *en principio*, extensible, como hemos apuntado, a toda escritura sujeta a registro, no inscrita en plazo, y por lo tanto, *también a las escrituras censales*, para evitar que el acreedor censualista, (que no puede, según la naturaleza del censo, reclamar el capital entregado al constituir el censo consignativo, sino esperar a que libremente lo redima el censatario), recurriese al fraude de dejar de inscribir en plazo la escritura censal, para que quedase el capital entregado en pago del censo, como deuda suelta que pudiese reclamar por acción personal, y ejecutar en cualesquiera bienes del deudor, se prescribió *con carácter particular para las escrituras censales, y como excepción a la regla de la Capítula 9* que:

**“... dichas escrituras censales [no inscritas en plazo] han de quedar subsistentes y sujetas á la naturaleza y condiciones del censo, en todo lo que cede en perjuicio de los acreedores censalistas, sin derecho por consiguiente en este, sus herederos y sucesores á pedir la cantidad dada á censo con título de tal deuda suelta ni otro alguno...”.**

Es decir, diferentemente de la hipoteca, *y por su diversa naturaleza, que ya apuntamos en páginas anteriores*, no se preceptúa la nulidad del censo no inscrito, sino que se mantiene su eficacia, para evitar que *contra la naturaleza del contrato de censo*, quedase el capital entregado como deuda suelta.

Pero para instar al acreedor censualista al registro, y como sanción por no hacerlo en plazo, *se le impide cobrar réditos hasta que aquél se verifique y se otorga preferencia sobre él a cualquier otro acreedor hipotecario o censualista que adquiera un derecho sobre la misma finca, durante el tiempo que medie entre el otorgamiento de la primera escritura censal y su registro rezagado, siempre que dicho acreedor posterior inscriba su escritura en plazo.*

*"... y que asimismo en pena de no haber cumplido con la diligencia del registro, no le corran intereses algunos hasta que lo verifique, ni empiece á obrar la escritura, ni á considerarse esta en calidad de censal, y por consiguiente á correr los réditos pactados en la misma, sino desde la fecha del registro; y si en el intermedio se hubiese otorgado por el deudor censalista otra escritura ó escrituras censales, ó de otra especie con hipoteca especial, cumpliéndose con la cualidad del registro dentro del término prescripto en esta Ley, sean los derechos de semejantes acreedores preferidos enteramente al censalista que no cumplió con la dicha formalidad, sin acción en este, sus herederos y sucesores para embarazarle por vía alguna el perseguir su crédito y especiales hipotecas establecidas en ese medio tiempo, desde la fecha de la censal, hasta el cumplimiento del registro".* (Capítulo 10)

Es decir, que verificándose finalmente, (con retraso), la inscripción por el acreedor censalista, que inicialmente incumplió el plazo legal, (para poder cobrar sus réditos y no perder definitivamente la posibilidad de recuperar su capital), si en el ínterin hasta que la toma de razón rezagada se practicaba, hubiese adquirido, otro nuevo acreedor censalista o hipotecario un gravamen en su favor sobre la misma finca, éste gozaría de preferencia, en los créditos que tuviese frente al deudor, sobre el primer contratante, *siempre que hubiese inscrito en plazo*<sup>90</sup>. Se trata de una aplicación particular de la regla general de que lo inscrito en plazo, produce efectos desde la fecha de su otorgamiento.

La obligación de registro y los efectos de la falta de inscripción, se predicaban en las Capítulos sólo de las escrituras y contratos celebrados con posterioridad a la publicación de la Ley, bastando con relación a los contratos anteriores, registrarlos antes de presentarlos en juicio para perseguir las hipotecas o los bienes gravados. Sin acreditarse esta previa toma de razón **"ningún juez podrá juzgar por tales instrumentos que no harán fée para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos"** (Capítulo 15). Aunque éste fue el *deseo*

<sup>90</sup> La adquisición del derecho por la escritura pública debía verificarse antes de la inscripción del primer acreedor censalista rezagado. Para el caso de que fuese posterior, era de aplicación otra regla contenida en la Capítulo 11: " ... Si después de hecho el registro fuera del término asignado, se hiciese otro contrato de los sujetos al registro, y este segundo acreedor practicase dentro de el término asignado, no por esto tendrá preferencia al primero que hizo el registro anterior á este segundo contrato, sino que será preferido el derecho del primer acreedor que á ese tiempo habia ya hecho el registro".

*de las Cortes*, a imitación de la Pragmática de Carlos III, debió creer el Virrey, Conde de Ezpeleta, que asistía a las Cortes en nombre de Fernando VII, que “lo que se proponía, llevaba implícitamente el carácter de dar á la ley fuerza retroactiva, ... aunque esta apreciación no sea exacta” y así en el Decreto de 19 de mayo de 1817 por el que se aprobaban las Capítulos propuestas por las Cortes se matizó por el Virrey que se otorgaba el Oficio de hipotecas “... con tal que las ... providencias que se toman para el citado oficio ... sean y se entiendan para los contratos y obligaciones que se hagan despues de la publicacion de esta ley, **sin que en manera alguna comprendan á las anteriores y escrituras otorgadas por estas, que deben quedar en toda su fuerza y vigor para obrar, tanto en juicio como fuera de él**”.<sup>91</sup>

La Ley dejó vigente las Leyes V, VI y VII, Título XV, Libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra, sobre registro de Mayorazgos y Fideicomisos perpetuos en el Tribunal de la Cámara de Comptos. (Capítulo 16). Resulta curiosa esta dualidad de registros y nos preguntamos qué sucedería si un mayorazgo era inscrito en el Oficio pero no el Tribunal de la Cámara de Comptos o viceversa.

Dice BIENVENIDO OLIVER, que los efectos de la inscripción en esta Ley fueron más trascendentales que los de la Pragmática de 1768, pues eran mayores que los de ésta.<sup>92</sup> Su fin, desde luego, fue el mismo que el de las Pragmáticas Castellanas. Lo expresaron las Cortes en la presentación que hicieron al Rey de las Capítulos cuya aprobación se obtuvo:

**“... Deseando promover en este reino á imitación de lo que se observa en otros el que llaman oficio ó Escribanía de hipotecas para evitar los fraudes y perjuicios gravísimos que la inadvertencia ó malicia de los deudores ocasiona á los acreedores posteriores que pensando asegurar sus créditos con las hipotecas especiales que constituyen á su favor, dando de buena fée asenso al manifiesto que hacen los deudores de su libertad y esención de toda obligación, se encuentran despues cuando necesitan egecutarlas ó en otro acto enteramente burlados por descubrirse afectos los mismos bienes á otro crédito anterior ...”**

---

<sup>91</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...* Op. cit. Pág. 143 y 144.

<sup>92</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Op. cit. Pág. 288.



Antes de entrar en el estudio de lo que hemos dado en llamar "Decretos decimonónicos", queremos destacar, a modo de reflexión sobre las instituciones estudiadas, lo siguiente:

En primer lugar, la finalidad presente en todas las leyes creadoras de los registros mencionados de **evitar fraudes en la contratación y en definitiva, en las relaciones sociales**. En segundo lugar, el medio utilizado por dichas leyes para alcanzar ese fin, que era el **de dar publicidad registral a situaciones no cognoscibles por medio de la posesión**. En tercer lugar, que la inscripción de los actos declarados registrables se conceptuaba en todo caso (salvo quizás en el registro judicial de donaciones de Aragón) como **obligatoria** por razón del bien común.<sup>93</sup> Y finalmente, **que como consecuencia del carácter obligatorio de la inscripción, el acto no inscrito era nulo, en la parte con transcendencia real, y por lo tanto el gravamen o la transmisión devenían inexistentes, no pudiendo perjudicar a tercero por esa misma inexistencia. He aquí sintetizadas las notas características de los registros formados por nuestra tradición jurídica.**

## V. LA FALTA DE TOMA DE RAZÓN EN LAS CONTADURÍAS U OFICIOS DE HIPOTECAS A RAÍZ DE LOS DECRETOS DECIMONÓNICOS.

Instauradas en toda España las Contadurías u Oficios de Hipotecas, si bien con diverso régimen jurídico en Navarra y Cataluña, se dictaron a lo largo del siglo XIX una serie de disposiciones que, aparentemente eran de índole fiscal, pero que tuvieron una influencia muy notable en la institución registral y en el Derecho Civil.

Es opinión común que estos Decretos transformaron el Oficio de Hipotecas, de registro de gravámenes, en registros de la **transmisión** y gravamen de la propiedad inmueble.

<sup>93</sup> El establecimiento del Registro y de la obligación de inscribir determinados gravámenes, obedecía a una preocupación por el bien común, como pone de manifiesto la Cédula de 7 de abril de 1589 sobre organización de los Registros de Censos y Tributos, dada por Felipe II. En la misma, el Rey justificaba sus disposiciones para el establecimiento de los Registros y cumplimiento de las Pragmáticas de 1528, 1539 y 1558, "porque hasta ahora no se ha ejecutado ni puesto en efecto lo dispuesto y ordenado por las dichas leyes siendo como es **tan justo**, y que de no haber el dicho registro de tributos y censos se siguen los dichos inconvenientes y pleitos, y todo cesara y se remediara con el dicho registro **en mucha utilidad y beneficio de la república ...**" (Esta Cédula fue descubierta por MARGARITA SERNA VALLEJO, y de " *La publicidad inmobiliaria ...*" *Op. cit.* Pág. 639 a 641, hemos tomado el texto transcrito).

Y es cierto. Pero la incidencia de los Decretos sobre los Oficios fue mucho más allá de una mera ampliación del objeto registrable de los mismos. Esa misma ampliación implicaba de por sí, un cambio en la finalidad perseguida por medio de la publicidad registral, como veremos; y el cambio de finalidad suponía, en definitiva, una alteración del espíritu del sistema de registro en su conjunto.

En nuestra opinión, el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 y posteriores, constituyeron una preparación de la inminente reforma que se proyectaba llevar a cabo en el sistema inmobiliario registral, hasta el punto de constituir un verdadero ensayo de la organización del Registro sobre el folio real, de la aplicación del principio del tracto sucesivo, aunque con un control notarial, y de la registración de los actos que básicamente constituirán después el objeto del Registro de la Propiedad. En este sentido tenía razón HERAS, al decir que “el estado legal existente en 1861, al plantearse el nuevo sistema, no fue el creado por la Pragmática de Carlos III”.<sup>94</sup> Y, desde luego, no lo era en absoluto.

En lo que a nuestro tema atañe, también los Decretos decimonónicos introdujeron novedades: Por ejemplo, el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 fue el primero en utilizar explícitamente el concepto de nulidad, para expresar la sanción que los documentos inscribibles no inscritos padecerían; con la Real Orden de 29 de julio de 1830, los efectos derivados de la falta de toma de razón se extendieron al ámbito notarial, etc. Lo veremos a continuación con mayor detenimiento.

### **1. El Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y la Real Orden de 29 de julio de 1830, mandando observar la Instrucción que contiene para recaudar el derecho de hipotecas.**

Parece que con la intención de dar *mayor legitimidad y solemnidad* a los contratos y *adquisiciones de la propiedad inmueble* y evitar las suplantaciones y simulaciones de documentos, se dictó en 31 de diciembre de 1829, inspirándose en una ley francesa de 1816,<sup>95</sup>

<sup>94</sup> HERAS, FERNANDO. *Una apreciación injusta en la historia de nuestro sistema inmobiliario*. RCDI. Tomo XVII. Año. 1944. Pág. 817.

<sup>95</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario...* Tomo I. Op.

un decreto por el que se establecía un impuesto llamado “derecho de hipotecas”, sobre las ventas, cambios, donaciones y cualesquiera contratos por los que se transmitiese el dominio directo o indirecto de los bienes inmuebles.<sup>96</sup>

El impuesto consistiría en un medio por ciento del capital sobre que versasen dichos contratos y se exigiría **“al tiempo de verificarse el registro de las escrituras...”**,<sup>97</sup> frase con la que el Real Decreto venía a ampliar el objeto de los Oficios de Hipotecas a las escrituras que contuviesen tales contratos.

(Nótese que la finalidad del legislador al obligar a inscribir determinados actos en un registro está cambiando. De ser un medio para que conste legalmente si la finca que se vende o se acensúa o hipoteca, está o no exenta de gravámenes, y de este modo, evitar estelionatos, se pasa a ahora a configurar el Registro como un medio de dar *mayor legitimidad y solemnidad a las adquisiciones de dominio*).

La Real Orden de 29 de julio de 1830 mandando observar la Instrucción que contiene para recaudar el derecho de hipotecas,<sup>98</sup> expresó esta ampliación del objeto registrable del Oficio con mayor claridad al decir en su artículo 4:

“El derecho de hipotecas, con arreglo a lo que se determina en el expresado Real Decreto [de 31 de diciembre de 1829], consistirá en un medio por ciento del importe de las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases, que contengan traslación de dominio directo o indirecto de bienes inmuebles, cuyo derecho se pagará *antes de tomarse razón en los Oficios de hipotecas de los títulos de pertenencia ...*”

---

*cit.* Pág. 156.

<sup>96</sup> Entendiéndose por tales bienes inmuebles, los así considerados por la Pragmática de 1768, es decir, no sólo las casas, heredades y otros bienes de esta calidad inherentes al suelo, sino los censos, tributos, oficios y otros cualesquiera derechos perpetuos. (Art. 5 de la R.O. de 29 de julio de 1830)

<sup>97</sup> Real Decreto mandando exigir un medio por ciento del valor de las fincas que se registren en el oficio de hipotecas. 31 de diciembre de 1829. (*Colección legislativa de España. Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII y Reales Órdenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las secretarías del despacho universal y consejos de S.M. desde 1º de enero hasta fin de diciembre de 1829.* Tomo XIV. Imprenta Real. Madrid, 1830. Pág. 359). El pago del impuesto, como dice SERNA VALLEJO, no se efectuaba, como parecería desprenderse del Real Decreto mencionado en el propio Oficio de Hipotecas, sino, como dispuso la Instrucción de 1830 (art. 2, 4, 10 y 11), en la Administración de la Real Hacienda, con carácter previo. (SERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria...* *Op. cit.* Pág. 234).

<sup>98</sup> *Colección legislativa de España. Decretos del Rey ...* Tomo XV. Págs. 300 y ss.

De los nuevos actos registrables, si bien se tomaba físicamente razón en las mismas oficinas en que antes se registraban los actos descritos por la Pragmática de 1768, ello se hacía en diversos libros. De hecho, HERAS habla de que el Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 creó lo que podría llamarse “sección segunda” de la Contaduría, destinada a la toma de razón de las escrituras y documentos privados en que se contuvieran contratos traslativos del dominio directo o indirecto de los bienes inmuebles, frente a la “sección primera”, creada por la Pragmática de 1768, y destinada a la publicación de gravámenes.

“Con el año 1830, dice HERAS, nace, pues, la Contaduría bajo una nueva forma y conteniendo en sí dos instituciones que empiezan siendo distintas e independientes *para fundirse a poco en una sola*. Es lo que en la terminología de la época se designaba con los nombres tan poco apropiados de oficio de “hipotecas especiales” y de “hipotecas generales”, comprendiendo bajo la primera denominación la toma de razón de los gravámenes y con la segunda la de las transmisiones de propiedad. Son dos ramas distintas de un mismo tronco que, por lo pronto, por un defecto de técnica y atendiendo a su distinto origen [Pragmática de 1768, para la sección 1ª y Real Decreto de 31 de diciembre de 1829, para la sección 2ª] y finalidad, [conocimiento de los gravámenes que pesan sobre la propiedad inmueble y dar mayor legitimidad a las adquisiciones de dominio, respectivamente, para una y otra sección] se consideran divorciadas y con poca o ninguna relación entre sí. En cuanto a la primera, el escribano titular depende de la Audiencia; respecto de la segunda, de las Oficinas de Hacienda o intendentes. Es curioso observar que la separación entre ambas ramas de la Contaduría persiste en cierto modo - representando una clara reminiscencia del Derecho anterior - en el sistema de la ley del 61, pues en ella se establecieron libros especiales de hipotecas por orden de fechas, aparte de los generales del Registro, distinción que llega hasta la reforma del 69”. Según HERAS, esta forma de llevarse la Contaduría, con dos secciones, habría persistido hasta la entrada en vigor del Real decreto [legislativo] de 23 de mayo de 1845 que “... *refundió y reorganizó por completo la institución*, poniendo así los últimos cimientos de lo que muy pronto había de convertirse en el moderno Registro”.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup>HERAS, FERNANDO. *Una apreciación injusta ... Op. cit.* Pág. 814 y 815.

**Por esta vía de creación de la Sección 2ª, la Contaduría comenzó a transformarse en un Registro de ciertas transmisiones inmobiliarias, con la particularidad de que se ordenó la inscripción, no solo de aquéllas en que intervenía el otorgamiento de escritura pública sino también de aquéllas que se verificaban en documento privado.**

**Aquellos documentos, públicos o privados, que no se llevasen al Oficio para su toma de razón, carecerían de valor legal alguno y no serían admitidos en juicio. Así lo estableció el artículo 8 de la citada Instrucción:**

**“Estando demostrado en el mencionado Real Decreto que el objeto que se ha propuesto S.M. al dictarle no es tanto el crear una nueva renta del Estado, como el dar mayor solemnidad y legitimidad a los contratos y adquisiciones de propiedad, haciendo mas impracticables las simulaciones y suplantaciones de documentos que se experimentan, no serán admitidos en juicio ni producirán efecto alguno legal todos aquellos que, habiendo sido otorgados pública o privadamente desde el día 1º de Enero de este año en adelante [desde el 1 de enero de 1830]; carezcan del requisito esencial de haberse tomado la razón en el oficio de hipotecas, previo el pago del nuevo impuesto”.**

A estos efectos de la falta de toma de razón, se sumaba el de que los Escribanos, que debían advertir a las partes de su obligación de pagar el impuesto e inscribir los instrumentos,<sup>100</sup> **no podrían expedir segundas copias ni testimonios de los originales, sin que previamente constase al margen o al final de la matriz o protocolo, la nota de haberse tomado razón del instrumento en el Registro, circunstancia que para el efecto de practicar tal nota, debía ser comunicada por los Escribanos de hipotecas a los Escribanos otorgantes. (Art. 21 de la Real Orden de 29 de julio de 1830).**<sup>101</sup> **Además, las**

<sup>100</sup> Debían, incluso, insertar en las escrituras originales, copias y testimonios una cláusula en tal sentido en la que se señalaba que, sin cumplir dichos requisitos, el instrumento no tendría valor ni efecto. Esta obligación de los Escribanos de advertir de la obligación de registro, ya la fijó la Instrucción de 1767, precepto X, y la Pragmática de 1768, precepto V.

<sup>101</sup> La Instrucción de 1767 preveía la posibilidad de que se practicase esta nota en los protocolos, pero ello quedaba al arbitrio de la parte, a la cual devolvía el Escribano hipotecario el instrumento con la nota de haberse tomado la razón, fechada y firmada. Una vez que la parte tenía el instrumento en su poder, podía acudir al escribano otorgante para que hiciese constar tal circunstancia en los protocolos, lo cual era de interés, para caso de, por ejemplo, perder la escritura original (primera copia) y tener que recurrir a solicitar una segunda, pues en ésta, tomada de los protocolos, figuraría la cualidad de haber sido registrada, y en

**personas y corporaciones, que estando obligadas a presentar “para la toma de razón y pago del impuesto los documentos de adquisición de derechos y bienes inmuebles, no lo verifiquen dentro del término prefijado, quedarán sujetas a la ley penal ...”.**<sup>102</sup> (Art. 19 de la citada Real Orden).

Así pues, los efectos derivados de la falta de toma de razón de los documentos públicos y privados sujetos a registro, se extendían al ámbito civil, procesal, notarial (para los documentos públicos) y penal.<sup>103</sup>

Es indudable que las disposiciones de la Instrucción fueron mucho más allá que la Pragmática de 1768. Y ello no solo por ampliar al ámbito penal y notarial las consecuencias de la falta de toma de razón, sino por los siguientes motivos.

En primer lugar, por sujetar al registro los documentos privados que contuviesen contratos de transmisión del dominio directo o indirecto de inmuebles, que sin la toma de razón habrían de entenderse nulos. Con esta medida, desde luego, se buscaba impedir la existencia de contratos, que por el mero hecho de no constar en documento público, quedasen al margen del Oficio, constituyendo una realidad extrarregistral que escapase a la toma de razón en la Sección 2ª de la Contaduría.<sup>104</sup> No obstante, la eliminación de la realidad extrarregistral, respecto de la dicha Sección 2ª, no era total, pues podían subsistir, contratos verbales de transmisión del dominio de inmuebles, plenamente eficaces, al margen del Registro.

---

consecuencia, implícitamente, la de ser hábil para dar fe en juicio y fuera de él del gravamen constituido sobre la finca en cuestión.

<sup>102</sup> La obligación de presentar los documentos a la toma de razón parece imponerse al adquirente del dominio directo o indirecto de los bienes inmuebles, ya que él es el obligado al pago del impuesto (art. 6 de la Real Orden de 29 de julio de 1830), y éste es requisito previo a la toma de razón, para la cual habrá que presentar la carta de pago expedida por la Administración de la Real Hacienda del Partido en que radique la finca o el derecho.

<sup>103</sup> Se castigaba con penas pecuniarias a los que estando obligados, descuidaban cumplir con el registro y consiguiente pago del impuesto. (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 294).

<sup>104</sup> Incluso es posible, dado el amplio concepto de bienes inmuebles utilizado por la Real Orden, y en relación con lo dispuesto en su art. 8, que los documentos privados relativos a censos, se inscribiesen en el Oficio eliminándose así, en parte, la posibilidad de existencia de una realidad extrarregistral al margen del Oficio. Surge, no obstante, la duda de si se inscribirían en la Sección 1ª o en la 2ª.

En segundo lugar, la sanción civil que se impone a los documentos inscribibles no inscritos es más amplia que la de la Pragmática de 1768, por lo menos de acuerdo con el tenor literal de la Real Orden, pues, se dice, que *no producirán efecto alguno legal* (esto es, ni siquiera en lo relativo a las obligaciones personales pactadas), mientras que en la Pragmática de 1768, la nulidad sólo afectaba, como vimos, al gravamen o derecho real limitado.<sup>105</sup> Esta diferencia fue advertida por la doctrina, que se cuestionó si la disposición 8ª de la Instrucción había pretendido modificar o no la sanción civil que la Pragmática de 1768 había establecido para los instrumentos registrables no registrados. Para SAHAGÚN DE MARFÁ era evidente la modificación introducida, pues quejándose de la forma en que habría sido hecha, decía que tal innovación debió ser objeto de otra ley, ya que una disposición administrativa no podía derogar una ley.<sup>106</sup>

Prueba de las dudas que suscitaba la Instrucción de 1830, es la Real Orden comunicada a la Dirección General de Rentas sobre el modo de pagar el medio por ciento del derecho de hipotecas, de 17 de agosto de 1831,<sup>107</sup> en la cual, a raíz de las reclamaciones del Escribano de Ayuntamiento de Caravaca, “en puntos de la Instrucción de 29 de Julio de 1830”, se sirvió el Rey declarar “que la expresada Instrucción *no deroga en ninguna de sus partes* la pragmática de 31 de Enero de 1768, inserta en la ley 3ª, Título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación, pues los documentos sujetos á esta observarán las formalidades y adeudarán los derechos que en ella se previenen, *quedando únicamente afectos á las reglas de la citada instrucción de 1830 los que por contener traslación de dominio hayan de satisfacer el indicado medio por ciento ...*”

Parece que según esta Real Orden y, por tanto, según la interpretación auténtica dada por el legislador de su Instrucción de 1830, ésta *no derogaría o modificaría* a la Pragmática de 1768 *en ningún aspecto*, porque el régimen a que se sujetarían los actos registrables

---

<sup>105</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios fundamentales...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 695.

<sup>106</sup> SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso de ampliación ... Op. cit.* Pág. 183. Nota este autor que normas de Derecho Administrativo estaban introduciendo trascendentales reformas en el Oficio, bajo su aspecto de depósito de garantía, lo cual hacía que se tuviese que recurrir al Derecho Administrativo con preferencia al Común, para saber lo que sobre la institución de hipotecas se hallaba dispuesto. (Pág. 182 y 183).

<sup>107</sup> *Colección legislativa de España. Decretos del Rey ...* Tomo XVI. Pág. 251.

declarados tales por la Pragmática de 1768, y el régimen a que se sujetarían los actos registrables declarados tales por el Real Decreto de 1829 y su Instrucción complementaria, serían *diversos*.

En todo caso, y pese a lo manifestado por la citada Real Orden de 17 de agosto de 1831, la aplicación que los tribunales hicieran de estas disposiciones pudo ser variada. (SAHAGÚN DE MARFÁ consideraba que quedaba en pie la dificultad planteada sobre la modificación de la Pragmática de 1768 en cuanto a la sanción civil para los instrumentos no registrados).

Así, los Tribunales pudieron aplicar un régimen único de nulidad (para los actos inscribibles de ambas Secciones), o bien, un régimen dual, (más restringido para el objeto registrable de la Pragmática, Sección 1ª, y más amplio para el de la Instrucción, Sección 2ª); y, supuesta la aplicación de un único régimen de nulidad, pudieron, o bien extender el mismo exclusivamente al derecho real (dando preferencia a la Pragmática), o bien extenderlo también a las obligaciones personales pactadas, atendiendo a lo que disponía la Real Orden de 29 de Julio de 1830.

## **2. El Real Decreto de 23 de mayo de 1845 y la Circular de 28 de agosto de 1845.**

A raíz de la Ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845, se creó un nuevo impuesto también llamado “derecho de hipotecas” (Art. 10 de la Ley). En él se refundía el impuesto ya existente entonces, de un medio por ciento, creado por el Real Decreto de 1829 (SERNA VALLEJO).

El impuesto se creó sobre 15 bases que la Ley agrupaba bajo la letra E, todas de índole tributaria. Sólo la primera hacía alusión a la *registración de toda clase de traslaciones de propiedad o de usufructo*.



El impuesto fue desarrollado por un Real Decreto legislativo, expedido en igual fecha (23 de mayo de 1845) y publicado en 15 de junio de 1845.<sup>108</sup> Este Real Decreto, que entró en vigor el 1 de agosto de 1845,<sup>109</sup> incorporó numerosísimas disposiciones en materia civil y registral sobre las cuales nada se había previsto en las bases aprobadas por las Cortes.

El Real Decreto, compuesto de tres capítulos,<sup>110</sup> no creó, pese a lo que parecería desprenderse de su tenor literal (art. 16) un nuevo Registro distinto de las Contadurías u Oficios de Hipotecas previstos por la Pragmática de 1768,<sup>111</sup> sino que se limitó a establecer, según HERNÁNDEZ DE LA RUA, “medidas que regularizaron la toma de razón” y que reproducían sustancialmente las anteriores.

Lo que si creó el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 fue unos *nuevos libros* absolutamente diversos de los de la Pragmática de 1768, en los cuales, bajo el sistema del folio real, se inscribieron toda una serie de actos, ya constasen en documento público, ya en privado (art. 21), muy semejantes a los que en 1861 constituyeron el objeto del Registro de la Propiedad. La creación de estos nuevos libros se preveía especialmente en los artículos 25 y 26 del Real Decreto.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> El texto completo lo recoge la “*Guía de la Hacienda Pública. Parte legislativa de 1845, redactada por Don Antonio García Jiménez*”. Imprenta de D. José Félix Palacios. Madrid, 1846. Pág. 441 a 453.

<sup>109</sup> Circular de la Dirección general de Contribuciones indirectas, declarando la fecha desde la cual ha de principiar la exacción del derecho de hipotecas (1 de agosto de 1845), y lo que debe hacerse respecto al 4 por 100 de alcabala en venta de posesiones. *Guía de la Hacienda Pública... Op. cit.* Pág. 623 a 625.

<sup>110</sup> El CAPÍTULO I versa sobre la “Naturaleza y condiciones del derecho” [ de hipotecas ], y el CAPÍTULO II sobre “Organización e incumbencia de las oficinas de Registro de hipotecas”. El CAPÍTULO III lleva por título “Disposiciones Penales”.

<sup>111</sup> Art. 16: “Los encargados de las Contadurías y Oficios de Hipotecas que existen en cada pueblo, cabeza de partido, lo serán igualmente de las oficinas de Registros que se establecen para la cobranza de este derecho”.

Dice HERNÁNDEZ DE LA RUA que el artículo distingue dos oficinas por las que deben pasar los instrumentos sujetos al derecho de hipotecas: la Contaduría u Oficio de Hipotecas y las Oficinas de registro que se establecen por el decreto “de modo que desde su fecha parece que existen dos cosas diversas, la antigua que se conserva y la nueva que se establece. Sin embargo, ninguna innovación se hizo en esta parte: desde 31 de diciembre de 1829, ... los mismos escribanos o secretarios de ayuntamiento que se hallaban al frente de las Contadurías de toma de razón, continuaron ejerciendo este cargo, y cumpliendo las obligaciones que se les imponían relativas al pago del impuesto ... *Estas oficinas de registro que dice el art. 16 se establecen no existen: una misma cosa son la contaduría u oficinas de hipotecas y las oficinas de registro. En cada pueblo, cabeza de partido, las sirve el escribano numerario de aquél...*” El autor remite además al art. 3º de la R.O. de 11 de febrero de 1847. ( *Comentarios a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*. Imprenta que fue de Operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo. Madrid, 1853. Pág. 55 y 56).

<sup>112</sup> Art. 25: “El registro se llevará en libros separados por pueblos y con distinción de fincas rústicas y

En concreto, exigían registro y pago del derecho de hipotecas “todos los actos traslativos de dominio de bienes inmuebles procedentes de compraventa, permuta, herencia, donación *inter vivos* y *mortis causa*, adjudicación en pago, imposición o redención de censo,

---

urbanas. Los asientos se ordenarán de modo que una vez registrada una finca puedan sentarse a continuación todas las mudanzas que haya experimentado, y las obligaciones a que por un cálculo aproximado pueda sujetarse en un periodo de 12 años.\* Exceptúanse de esta regla los arriendos y subarriendos, para cuyo registro se llevarán libros diferentes, aunque con la misma distinción de pueblos y de fincas rústicas y urbanas”.

Art. 26: “Las traslaciones de propiedad ó de usufructo por herencia en línea recta ó por cualquiera otra causa que las exima del pago del derecho, serán anotadas como las sujetas á este en los libros respectivos. El plazo para el registro de estos actos será el que para los demas semejantes señalan los párrafos primero y segundo del artículo 18”.

Reproducimos a continuación lo que HERNÁNDEZ DE LA RUA comentó acerca de estos dos artículos, por su curiosidad, dado que si la práctica de los contadores de hipotecas fue, efectivamente, tal como él señala, dicha práctica no se ajustó exactamente a lo previsto en el art. 25 del Real Decreto. No obstante, es posible que HERNÁNDEZ DE LA RUA vierta sólo una opinión acerca de la práctica que debían seguir los contadores sin que sus afirmaciones sean el traslado de una realidad.

“... Según los arts. 25 y 26 ... deben llevarse dos clases de libros, los unos destinados á la inscripción de todos los instrumentos sobre *mudanzas* de fincas, y de las traslaciones de propiedad y usufructo por herencia en línea recta, o por cualquiera otra causa que la exima del pago del derecho, y el otro de los de arriendo ó subarriendo de toda clase de fincas. Pues bien, los mandatos judiciales de embargo, y las escrituras que comprendan un contrato cualquiera con hipoteca [y que la ley también ordenaba inscribir], no son ni títulos de mudanza o traslación, ni de transmisión por herencia, ni de arrendamiento, y puesto que solo se designan libros para estas inscripciones [confróntese con el art. 25 que hace referencia a *las obligaciones a que quede sujeta la finca*], parece que aquellas ó no deben llevarse ó necesitan agregarse a esta clase de libros.

Asimismo, compuestos muchos partidos judiciales de un número crecido de pueblos, los unos de escaso territorio, y los otros de dominio particular, que constituyen una sola finca, hubiera sido poco menos que imposible o inútil, que por cada pueblo se llevase un libro para la anotación de las fincas rústicas, otro para las urbanas, y otro para los arriendos y subarriendos de éstas, porque quedaria gran parte de estos libros inutilizada y sin llenar, por esta causa las oficinas ahorraron á la hacienda pública un gasto innecesario, y entregaron á las contadurías un número de libros menor del de los pueblos del distrito judicial. [Esto es, como explica después, un mismo libro se utilizó para varios pueblos. Véase la disposición 12ª de la Circular de 28 de agosto de 1845]. *Los contadores supliendo la generalidad de las disposiciones del Real Decreto, han debido abrir los libros en la forma siguiente:*

1º Uno de registro de títulos traslativos de dominio ó usufructo para fincas urbanas.

2º Otro para los instrumentos de la misma clase de fincas rústicas.

3º Otro para los embargos judiciales.

4º Otro para el registro de los instrumentos sobre contratos con hipoteca. [Esta práctica que señala el autor es la que más nos llama la atención, pues del texto del art. 25 parecería que en el mismo folio real abierto a la finca debían inscribirse las mudanzas y obligaciones a que ésta quedase sujeta]

5º Otro para las escrituras de arriendo ó subarriendo.

6º Otro para los demás títulos no traslativos de dominio ó usufructo sujetos a la inscripción sin devengar derecho de hipotecas”. El autor se refiere a toda suerte de derechos que pueden pesar sobre las cosas inmuebles, y que se consideran comprendidos en la expresión genérica de cargas del art. 1.3 del R.D, aunque no se pagase derecho de hipotecas por ellos. [Sobre esta práctica cabe decir lo mismo que sobre la 4ª] (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 69 y 89).

\* Esta previsión de que los asientos se ordenasen de manera que pudieran inscribirse a continuación del registro de la finca, las obligaciones a que pudiera quedar sujeta aproximadamente, en un período de 12 años, pudo obedecer a que fuese ése el tiempo que se calculase que tardaría en estar preparada la nueva legislación hipotecaria, y el nuevo Registro, con sus propios libros.

pensiones alimenticias por tiempo ilimitado; por adjudicación de la mitad reservada al próximo sucesor en los vínculos ó mayorazgos<sup>113</sup> y de adjudicación de bienes de capellanías reclamada con anterioridad al 17 de octubre de 1851”.

Igualmente explica HERNÁNDEZ DE LA RUA, que estaban sujetos al registro, pero no al derecho de hipotecas, los documentos de adquisición de herencia entre ascendientes y descendientes; los de adquisición de toda clase de herencias, cuando la persona de quien proceden hubiese fallecido antes del 23 de mayo de 1845,<sup>114</sup> los documentos de constitución de hipoteca sobre una cosa inmueble, ó las que como tales se reputan; los documentos de constitución de dote; los documentos de asistencias, pensiones y otros casos exceptuados del tributo por reales órdenes especiales.<sup>115</sup>

Pese a la reforma que introducía el art. 25 del Real Decreto ( *Cfr.*, en nota anterior ), y que en nuestra opinión no implicaba una mera reproducción de medidas anteriores, el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 no derogó expresamente la Pragmática de 1768. Ésta debió quedar reducida a regular situaciones que cayesen bajo su ámbito de vigencia, es decir, situaciones anteriores al 1 de agosto de 1845.<sup>116</sup>

En cuanto a los libros de las antiguas Secciones 1ª y 2ª debieron quedar inutilizados.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> La ley desvinculadora de 27 de septiembre de 1820, anulada por Fernando VII, por Real Cédula de 11 de marzo de 1824 y restablecida por Real Decreto de 30 de agosto de 1836, suprimió todos los mayorazgos, fideicomisos perpetuos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculación de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o bienes de cualquier otra naturaleza, ordenando que los bienes deviniesen absolutamente libres y prohibiendo toda vinculación futura de los mismos. El poseedor actual de los bienes de mayorazgo podía enajenar libremente la mitad, reservando la otra mitad, en favor del inmediato sucesor según la fundación. La división del mayorazgo, determinando la mitad libre y la mitad reservable, se efectuaba por escritura pública inscribible en la Contaduría de Hipotecas. (*Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo - Americana*. Tomo XXXIII. Voz: “Mayorazgo”. Espasa - Calpe, S.A.. Madrid, 1917. Págs. 1343 y 1344).

<sup>114</sup> A partir del 23 de mayo de 1845, las transmisiones por herencia (salvo las en línea recta entre ascendientes y descendientes) devengaban el derecho de hipotecas. Las causadas con anterioridad a dicha fecha estaban libres de impuestos, pero debían registrarse.

<sup>115</sup> Posteriormente se ordenó inscribir los foros y censos a primeras cepas (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 296).

<sup>116</sup> De hecho, GARCÍA GOYENA afirma su vigencia en las *Concordancias* y cita una Real Orden Circular del ministerio de Gracia y Justicia de 11 de abril de 1849 de la cual se desprendería igualmente la mencionada vigencia. (GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Imprenta de la Sociedad Tipográfica - Editorial. Madrid, 1852. Tomo IV, Vol. 2º. Págs., 188, 189 y 198).

<sup>117</sup> Los antiguos libros de las secciones 1ª y 2ª de la Contaduría, quedaron inutilizados en la práctica. Prueba de ello es la Circular de 24 de noviembre de 1846, que cita DE LA RUA, y que prohibió la práctica abusiva y errónea de realizar dos inscripciones, una en los nuevos libros creados a raíz del Real Decreto de 23

En el CAPÍTULO III, bajo la rúbrica “Disposiciones penales”, se incorporó la sanción de nulidad, utilizando expresamente por vez primera este término, para los actos que sujetos al registro, no hubiesen sido registrados en los plazos previstos:

**“Art. 40: Todo título o documento que estando sujeto al registro de Hipotecas, aparezca sin la nota correspondiente que acredite estar registrado será nulo y de ningún valor en juicio y fuera de él”.**

La redacción de este artículo suscitó diversas dudas en la doctrina.

La primera, si la nulidad que declaraba se refería a las escrituras públicas (y documentos privados, añadimos nosotros) como medio de prueba, o a los contratos que contenían dichos documentos.

Algunos, teniendo presente el art. 8 de la Instrucción de 1830, que ya reproducimos, sostuvieron que la voluntad del legislador fue inutilizar el documento no registrado *como medio de prueba*. “... Como la escritura es el medio de prueba mas espedito, no se puede creer que ecsista en el ánimo del legislador otra intención que la de quitar á las partes este medio, en castigo de su omision, bastando que renuncien a la prueba por escritura y presenten para ello testigos, ó se valgan de los otros medios que el derecho comun establece”.<sup>118</sup>

Otros interpretaron que la previsión legal del art. 40 y restantes del Real Decreto de 1845 sería ilusoria si los particulares pudiesen utilizar otras pruebas para hacer valer el acto

---

de mayo y otra en los antiguos libros ya existentes en la Contaduría. La Circular tuvo por origen un expediente instruido a instancia de D. Antonio Monge, “sobre que se declarase que por lo dispositivo del art. 30 del R.D de 23 mayo 1845 (que preveía la inscripción de los actos registrables que no adeudaban el impuesto, en la misma forma que los que lo adeudaban) se hallaba autorizado para percibir, y que había percibido bien, dobles derechos de inscripción en los contratos que no adeudan el [derecho] de hipotecas, **fundándose en que el registro antiguo es independiente del nuevo**. La solicitud de Monge se consideró ... improcedente, atendiendo á que **ni en las disposiciones relativas al nuevo sistema hipotecario**, ni en los aranceles judiciales se mandaba cobrar el doble derecho [de inscripción], y **á que el supuesto de tener que hacer dos inscripciones es falso**. La Dirección acordó y mandó por punto general [mediante la citada Circular] que cesara semejante práctica por ser abusiva y errónea, y **que en adelante las inscripciones se llevasen en los términos que prescriben el decreto de 23 de mayo y circular de 28 de agosto de 1845** exigiéndose por cada una de ellas sólo los derechos sencillos marcados en el arancel judicial, y dándose a su importe la aplicación prevenida en R. Orden de 23 de diciembre de 1838, hasta que otra cosa se resolviese” (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 150 y 151).

<sup>118</sup>

SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso de ampliación ... Op. cit.* Pág. 184.

registrable, por lo que entendieron que el art. 40 declaraba nulo el contrato.<sup>119</sup> Los partidarios de esta opinión sostenían que el Gobierno había manifestado en varios documentos oficiales, su intención de que fuese nulo el contrato otorgado con escritura no inscrita, como por ejemplo en las disposiciones de 31 de diciembre de 1829, 29 de Julio de 1830 y otras posteriores.<sup>120</sup>

Para BENITO GUTIÉRREZ, resultó indudable que ésta era la intención del legislador; y desde luego, debía serlo, cuando, como indicaba la doctrina, en el artículo 40 del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 se afirmaba que sería nulo el título (contrato) o documento no registrado.

Ahora bien, supuesto esto, surgía la duda de si la nulidad se extendía a todo el contrato o sólo a la hipoteca como derecho accesorio. Lo primero suponía un régimen de nulidad mucho más extenso que el de la Pragmática de 1768. Lo segundo, un régimen de nulidad semejante al de aquélla, en cuanto a la extensión de la nulidad. En opinión del citado autor, la nulidad sólo se extendería a la hipoteca. Pero SAHAGÚN DE MARFA, consideró que como al Oficio “se le ha revestido con el doble carácter de oficina rentística [ y oficina de garantía ] y se ha tratado de conminar con una grave pena la falta del registro, para intimidar á los omisos ...” la cuestión debe resolverse “ ... en el sentido de que, es nulo el contrato **en su totalidad** si á la escritura en la que se ha otorgado [o al documento privado de otorgamiento, decimos nosotros], le faltare el requisito de hipotecas”.<sup>121</sup> (Léase, la nota de haber sido registrado).

A nosotros también nos parece que el art. 40 predicaba la *nulidad total* del contrato no registrado; máxime cuando a lo largo del Real Decreto, no se estableció ninguna conexión con la Pragmática de 1768. Pensamos que el legislador se situó en un cierto distanciamiento de la misma, a la cual ni siquiera mencionó, a diferencia del Real Decreto de 1829, que si quiso manifestar una conexión con las Pragmáticas de 1768 y 1539.

---

<sup>119</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios fundamentales...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 696.

<sup>120</sup> SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso de ampliación ... Op. cit.* Pág. 185.

<sup>121</sup> *Ibídem.*

La idea de nulidad total del contrato parece además desprenderse de los artículos 43 y 44 del Real Decreto. Del primero se deduce la imposibilidad de ejercitar *ninguna acción* (ni siquiera de índole personal) relativa al contrato o derecho no inscrito. Del segundo, la imposibilidad de realizar ningún acto ante escribano, que tuviese por fundamento el acto o contrato no inscrito (actos de disposición posterior, gravamen, etc.).<sup>122</sup>

Supuesta la nulidad del contrato, o del título de adquisición que fuese, (total o parcial, según las diversas opiniones), surgía la duda de si la registración del mismo fuera de plazo, previa la satisfacción de las multas impuestas,<sup>123</sup> podía eximir de la pena de nulidad.

Para BENITO GUTIÉRREZ, "... como no es de pensar que ambas penas (nulidad y pago de la multa) sean acumulables y en la práctica han de preferirse las soluciones que con menos perjuicios ofrezcan iguales resultados" la nulidad es *relativa* y no absoluta, esto es, subsanable, siendo el contrato válido siempre que los interesados se sujetasen a sufrir la pena de multa.<sup>124</sup>

A la misma conclusión, por diversos argumentos, llega SAHAGÚN DE MARFÁ. Para este autor, la ley [de Presupuestos de 23 de mayo de 1845] y el Real Decreto que la desarrolla se proponen recaudar unos ingresos; y tal recaudación no se obtendría de declararse absolutamente nulos los contratos no registrados, pues entonces, tales contratos se ocultarían y no se cobrarían nunca ni derechos ni multas. Por otro lado, como se causarían grandes perjuicios si se sentase una nulidad absoluta, porque tales contratos no podrían producir

---

<sup>122</sup> Art. 43: "Los Jueces ó autoridades que en juicio ó fuera de él *admitan un documento no registrado cuando sea de los sujetos á esta formalidad*, incurrirán por primera vez en la pena de suspensión de empleo por dos meses, y en la multa del duplo del derecho defraudado; y en la misma multa y destitucion de empleo si reincidieren".

Art. 44: "En iguales penas incurrirán los Escribanos que actúen diligencias de cualquiera especie por virtud de un documento sujeto al registro y no registrado".

<sup>123</sup> El art. 41 disponía: "Los individuos que en los plazos arriba fijados no presenten al registro las escrituras y documentos sujetos a él, pagarán la **multa de un doble derecho** si los presentan dentro de un término igual al ya vencido. Si exceden de este término, la multa se elevará al **cuádruplo del derecho** además de las costas del apremio, si es menester emplearlo para obligar á la presentación.

En los casos de no devengar derecho se estimará este para la fijación de la multa en **medio por ciento** del valor de la finca o fincas no registradas"

<sup>124</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos o estudios fundamentales...* Tomo II. *Op. cit.* Pág. 696.

ningún efecto, la práctica ha entendido que la nulidad es relativa."<sup>125</sup> Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

Entre el 23 de mayo de 1845 y el 26 de noviembre de 1852, se dictaron numerosas disposiciones aclaratorias y reformativas del Real Decreto de aquella fecha. Así, la Circular de 28 de agosto de 1845, que dictó varias disposiciones para la uniforme recaudación del impuesto en todo el Reino. Pero también el Real Decreto de 11 de junio de 1849 y otros muchos Reales Decretos y Reales Órdenes, que menciona HERNÁNDEZ DE LA RUA.<sup>126</sup> Desde luego, la actividad legislativa en esta materia fue prolija a todo lo largo del siglo XIX.

### **3. El Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, haciendo varias reformas en el sistema hipotecario y la Circular de 10 de enero de 1853 para la ejecución del Decreto de 1852.**

El 26 de noviembre de 1852,<sup>127</sup> se expidió un Real Decreto, (publicado en la *Gaceta de Madrid* de 28 de noviembre del mismo año y que entró en vigor el 1 de enero de 1853), haciendo varias reformas en el sistema hipotecario, y que fue refrendado por Juan Bravo Murillo, Ministro de Hacienda.

---

<sup>125</sup> SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso de ampliación ... Op. cit.* Pág. 186.

<sup>126</sup> HERNÁNDEZ DE LA RUA cita las siguientes disposiciones reformativas y aclaratorias: Instrucción de la Dirección de Rentas de 28 de agosto de 1845; Reales Órdenes de 16 y 22 de noviembre de 1848; Real Orden de 13 de diciembre de 1848; Real Orden de 21 de marzo de 1846; Real Orden de 4 y 11 de mayo de 1846; Real Orden de 2 de junio de 1846; Real Orden de 11 de febrero de 1847; Real Orden de 27 de julio de 1847; Real Orden de 2 de septiembre de 1847; Real Orden de 29 de octubre de 1847; Circular de 30 de noviembre de 1847; Real Orden de 11 de abril de 1848; Real Orden de 27 de abril de 1848; Real Orden de 12 de agosto de 1848; Real Decreto de 11 de junio de 1849; Circular de 10 de julio de 1849; Real Orden de 31 de octubre de 1849; Real Orden de 26 de noviembre de 1849; Real Orden de 15 de febrero de 1850; Circular de 9 de marzo de 1850; Real Orden de 16 y 31 de marzo de 1850; Real Orden de 8 de agosto de 1850; Real Orden de 23 de abril de 1850; Real Orden de 18 de julio de 1850; Real Orden de 6 de enero de 1851; Real Orden de 12 de marzo de 1851; Circular de 8 y 20 de abril de 1851; Real Orden de 20 de mayo de 1851; tres Circulares de 9 de octubre de 1851; Circular de 30 de octubre de 1851; Real Decreto de 27 de septiembre de 1851 (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 28).

<sup>127</sup> *Colección Legislativa de España. (Continuación de la colección de decretos).* Tercer cuatrimestre de 1852. Tomo LVII. Imprenta Nacional. Madrid, 1853. Págs. 521 a 529.

El mismo título del Real Decreto y su Exposición de Motivos, avalan lo que manifestábamos al comienzo del epígrafe V, de que estábamos ante normas aparentemente de índole tributaria, pero que, sin embargo, tenían mucho de naturaleza civil y registral.<sup>128</sup>

En la Exposición de Motivos del Real Decreto se habla de la conveniencia de introducir una serie de reformas que “podrán contribuir eficazmente al completo desenvolvimiento y regularidad del actual sistema hipotecario”. Entre ellas, se adoptó la del art. 16, que reproducimos a continuación:

**“Ningún escribano otorgará documento alguno sin que previamente se le haga constar haberse registrado el anterior documento ó título que acredite los derechos ó la propiedad que hayan de ser objeto del contrato que se trate de autorizar”.**<sup>129</sup>

La previsión de este artículo suponía, por un lado, extraer una consecuencia de la nulidad sentada por el art. 40 del Real Decreto de 23 de Mayo de 1845. Si el contrato de transmisión de la propiedad, ininscrito en plazo, era nulo (mientras no se satisficiera la multa debida y se inscribiera), no cabía efectuar acto alguno de disposición o gravamen sobre la propiedad objeto de aquél, pues ésta no había quedado eficazmente transmitida.

Al mismo tiempo, tal previsión, completada con la del artículo 17, ( “En todo acto sujeto á la inscripción del documento debe exigirse necesariamente el otorgamiento de escritura pública”<sup>130</sup> ), implicaba el establecimiento de un principio de tracto sucesivo registral,

<sup>128</sup> Lo mismo avala la advertencia 15ª de la Circular de 10 de enero de 1853, dictando disposiciones para llevar á efecto las reformas introducidas en el sistema hipotecario, por el Real decreto de 26 de noviembre de 1852. (*Colección Legislativa de España. Continuación de la colección de decretos*. Primer cuatrimestre de 1853. Tomo LVIII. Imprenta Nacional. Madrid, 1853. Págs. 21 a 25). En ella se dice: “Y por último, la Dirección no puede menos de excitar el celo de V.S. para que procure con actividad perseverante el exacto cumplimiento de la referida legislación [hipotecaria], de cuya observancia pende la **regularización del importante y útil registro hipotecario ...**”.

<sup>129</sup> La novedad introducida no era realmente tal, teniendo presente lo dispuesto por el art. 44 del R.D. de 23 de mayo de 1845.

<sup>130</sup> El exigir escritura pública para todo acto sujeto a registro, impedía la existencia de una transmisión eficaz por contrato verbal y entrega de la posesión, en su caso, al margen del registro; de forma que se eliminaba completamente la posibilidad de existencia de una realidad extrarregistral (todas las transmisiones inmobiliarias, hipotecas, cargas impuestas sobre las fincas... figurarían en el registro). Igualmente, tal previsión, eliminaba la posibilidad de que los particulares eludieran lo dispuesto en el art. 16 de este Real Decreto, en relación con el art. 40 del Real Decreto de 1845, por la vía de otorgar contratos verbales o



pero de control notarial.<sup>131</sup> Era el escribano ante el que se otorgaba la escritura el que debía comprobar, que el transmitente de hoy, era el adquirente inscrito de ayer. Como explicó DE LA RUA, la presentación de los documentos exigida por el art. 16 tenía por fin que el escribano se cerciorase de que el otorgante del documento ostentaba el derecho que le otorgaba la facultad de dar o conferir lo que se pretendía dar o conferir.

A esta regla del art. 16, se estableció una excepción que recogió la 8ª advertencia de la Circular de 10 de enero de 1853, proveniente de la Dirección General de Contribuciones directas, estadística y fincas del Estado. Esta Circular aclaró además algunos extremos importantes relativos al dicho art. 16; entre ellos, uno que comentaremos después: a qué actos se refería el artículo 16, cuando exigía hacer constar al escribano su registro.

**El texto de la 8ª advertencia era el siguiente: “El art. 16 impone á todo escribano el deber de no otorgar documento alguno sin que previamente se le haga constar haberse registrado el anterior documento ó título que acredite los derechos ó la propiedad que hayan de ser objeto del contrato que se trata de autorizar; y como puedan existir algunas adquisiciones ó actos de los que no se tengan títulos de propiedad, es oportuno prevenir á V.S. que *bastará al escribano actuario, para salvar su responsabilidad, la justificación subsidiaria de la precedente adquisición ó acto, y de que se pagaron los correspondientes derechos de hipotecas, expresándolo así en el nuevo documento que autorice, y teniendo presente que aquella disposición se refiere á actos que adeudaron el antiguo o nuevo impuesto de hipotecas, y estaban sujetos á la formalidad del registro*”.**

Comentando el art. 16 y su excepción dijo HERNÁNDEZ DE LA RUA, que la disposición del art. 16 no obedecía tanto a la necesidad de la inscripción para que el adquirente no fuese inquietado en su posesión, como a fines rentísticos, y fue impremeditada, pues “si no pudieran otorgarse contratos sino cuando previamente se acreditara con la presentación de documentos

---

documentados privadamente sobre derechos o propiedades, de las cuales carecían de título anterior inscrito acreditativo, pues tales transmisiones no serían eficaces.

Lógicamente ya no era posible inscribir documentos privados en el Registro de hipotecas, que quedaba así convertido en un registro de documentos públicos: escrituras públicas, mandamientos judiciales de embargo, etc.

<sup>131</sup> Esta disposición, como dice OLIVER, estaba inspirada in los principios del sistema inmobiliario alemán, al igual que la implantación en 1845, del folio real.

la legítima pertenencia, no vacilamos en asegurar que la mitad al menos de la propiedad territorial tendría que declararse inenagenable por los medios legales”.

Ello debido a que muchos documentos no se otorgaban, y otros otorgados, no se llevaban al registro, para evitar los gastos de escribanía, aranceles y pago de los impuestos; sabiéndose además que los Tribunales, a pesar de las disposiciones terminantes de las Leyes y Reales Órdenes, habían otorgado valor y fuerza legal a dichos documentos ininscritos, en muchos casos.<sup>132</sup>

Igualmente comentó DE LA RUA, que la disposición del artículo 16 no debió tener efectos retroactivos [sin embargo, de la advertencia 8ª de la Circular se desprendía que los efectos del artículo alcanzaban a los actos que a partir de 1 de enero de 1830 quedaron sujetos al medio por ciento de hipotecas y a la formalidad de Registro] sino a los adquirentes posteriores a 1845 “porque desde aquella época parece que era más obligatoria la inscripción”. Señala igualmente este comentarista que la alarma que generó el artículo 16 fue el motivo de publicación de la Circular de 10 de enero de 1853, cuyo advertencia 8ª permitía, cuando se careciese de documento acreditativo de la propiedad registrado, presentar informaciones supletorias de la adquisición de los derechos *y de haberse pagado el antiguo o nuevo impuesto hipotecario* (el del medio por ciento de hipotecas o el nuevo derecho de hipotecas). Dice que esta disposición de la advertencia 8ª era razonable si pretendía aclarar el artículo 16 para el caso de *extravío de documentos*, pero no para el caso de que *faltasen tales documentos, precisamente porque su falta se debía a la voluntad de evitar gastos*,<sup>133</sup> *y entre ellos el impuesto, y por lo tanto, no podría acreditarse este último extremo como exigía el*

<sup>132</sup> HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 72 y 73.

<sup>133</sup> “En efecto, ¿Cuál era la causa de que el número mayor de transmisiones se realizase sin otorgar los documentos correspondientes?. Si de las herencias se trataba, el deseo de evitar los gastos cuantiosos de papel y de derechos de escribanos, contadores, etc.; si de ventas, permutas y demás, el de no verse obligados a pagar las alcabalas...” (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 74). En otro lugar, explica como en España se tenía costumbre, para economizar gastos, y sobre todo, tratándose de fincas de poco valor y poblaciones pequeñas, no formalizar actas de partición de herencia ante escribano, sino que los interesados, especialmente si eran mayores de edad, hacían inventario ante el secretario del ayuntamiento y luego procedían a la partición por medio de vecinos de su confianza, escogidos por ellos., resultando de esta costumbre que en infinidad de casos los legítimos poseedores no podían acreditar sus derechos reales. (Op. cit. Pág. 8 y 9)

*precepto*. En definitiva, que, tomada literalmente, la advertencia 8ª de la Circular no resolvía el problema generado por el artículo 16.<sup>134</sup>

En opinión de DE LA RUA, como la advertencia 8ª pretendía subsanar las dificultades generadas por el art. 16, debía ser interpretada conforme a dicho espíritu y no tomada literalmente, de modo que si se carecía de documento inscrito, bastaba con justificar que se realizó la precedente adquisición y, o bien, que se pagó el impuesto, o *que se había pagado de presente*.<sup>135</sup> Ahora bien, tal interpretación, consideraba el autor que hacía que quedasen burladas las anteriores leyes y reales órdenes que señalaban plazos precisos para la toma de razón. Por ello creyó el autor que era deseable una real orden aclaratoria de esta duda.<sup>136</sup>

Realmente, interpretando la sanción de nulidad para el contrato no inscrito, como una nulidad relativa, según hizo la doctrina y parecía permitir la propia ley, al contemplar el caso de que se presentasen documentos fuera de plazo (art. 41 del Real Decreto de 23 de mayo de 1845), tal interpretación de la advertencia 8ª, no burlaba la ley, pensamos nosotros.

*En definitiva, pues, la falta de inscripción del título registrable anterior, acreditativo del dominio o del derecho que se transmitía, gravaba, etc..., impedía todo acto de disposición, gravamen, etc. posterior, excepto si se justificaba suficientemente la adquisición anterior y el pago del derecho hipotecario.*

En otras palabras, y matizando la generalidad del art. 16 por la explicación de la advertencia 8ª, la presentación de los documentos con la nota de haber sido registrados, no era necesaria *en todo caso*, pero sí cuando el título anterior justificativo del derecho del otorgante fuese *de los sujetos a la formalidad del registro y al pago del medio por ciento de hipotecas o del derecho de hipotecas, ambas cosas al mismo tiempo*, como se desprendía de la aclaración 8ª de la Circular. En cualquier otro caso no era preciso.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Ibídem. Pág. 74 y 75.

<sup>135</sup> Ibídem. Pág. 75.

<sup>136</sup> Ibídem. Pág. 77.

<sup>137</sup> Ibídem. Pág. 82 y 83.

No era necesaria la presentación de los documentos registrados ni la justificación supletoria, en su defecto, explica DE LA RUA, si: el título anterior estaba sujeto al Registro, pero exento; adeudaba el impuesto, pero no debió registrarse; o si ni estaba sujeto a la toma de razón ni adeudaba el impuesto. Por ejemplo, dice, no era preciso presentar documentos de adquisición de dominio anteriores al 1 de enero de 1830; ni documentos de adquisición por título de herencia anteriores a 1845. Tampoco era necesaria la presentación cuando el nuevo documento no debía inscribirse.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> Muchas otras dudas y comentarios suscitó a HERNÁNDEZ DE LA RUA este artículo 16 y la advertencia 8ª, complementaria del mismo:

“Supuesto que la justificación es el medio supletorio adoptado [para acreditar el dominio que se transmite, en defecto de título registrable anterior inscrito], preguntamos, ¿Qué clase de justificación es la que debe darse?. ¿Ante quién ha de practicarse?. ¿Quién es el que puede legalmente calificarla de suficiente o insuficiente?.... ¿Quién es el que ha de declarar que se han presentado los documentos de la anterior adquisición y que se había satisfecho el derecho hipotecario antiguo o moderno, según la época de su otorgamiento?”.

Veamos qué respuestas encontró. En primer lugar, DE LA RUA no cree que la justificación tenga carácter judicial “...y [entiende] que por consiguiente cuando sea testifical debe admitirse por cualquier autoridad que ejerza jurisdicción voluntaria, debiendo siempre intervenir en ella en sus respectivos casos ó el regidor síndico ó el promotor fiscal como representante de los intereses públicos. Cuando las justificaciones se realicen por medio de documentos, será suficiente la certificación de los empleados que puedan darla según las leyes, ó de las corporaciones que para ello tengan facultad”. En cuanto a quién ha de decidir si esta suficientemente justificado el derecho que ha de ser objeto del nuevo contrato, entiende que son los escribanos. Si éste, por considerarlo insuficientemente justificado, se negase a autorizar el documento, los interesados podrían acudir por la vía gubernativa al juez de 1ª Instancia del partido, para que éste como superior inmediato, ordenase lo que estimase procedente. Es igualmente el escribano el que ha de declarar y hacer mención en el nuevo documento, de que se ha acreditado el derecho objeto del mismo.

DE LA RUA también se pregunta qué ha de entenderse por documento anterior, o en otras palabras, qué títulos debe presentar el transmitente al escribano. Las dudas se suscitaban respecto al caso de que el transmitente del derecho lo hubiese adquirido por título universal de heredero, pues en tal caso, existían escribanos que le exigían presentar el título de adquisición del causante dado “que la universalidad parece que deja indeterminada la adquisición específica”. Según DE LA RUA basta con que el heredero presente los títulos que a él le transmiten el derecho de que quiere disponer, eso es, que acredite su calidad de heredero o legatario y que en su día se tomó razón en la Contaduría de la partición, donde debe constar la adjudicación de bienes y que se pagó el derecho correspondiente. Si lo que se ventila ante el escribano es una transmisión de causante a heredero por título de herencia, como “el heredero que intenta la protocolización de las particiones, ó que otorga escritura de declaración de los bienes inmuebles que pertenecen a la herencia, no vá á transmitir derecho alguno” sino que es él el que adquiere, y como el art. 16 y advertencia 8ª parecen exigir la presentación de documentos a los que los otorgan para transmitir, pero no a los adquirentes, el heredero no debería presentar los documentos acreditativos de la adquisición de su causante, pues la obligación recaería sobre éste. Además, cuando los documentos que se pretenden otorgar sólo tienen por objeto determinar la nueva persona que se identifica y representa al difunto, la justificación de los títulos de las antiguas adquisiciones, carece de sentido. “Finalmente, la toma de razón o inscripción en el registro también se ordena para dar seguridad a los propietarios o adquirentes que pudieran ser burlados por enagenaciones desconocidas y como ésto no acontece por la transmisión de las herencias, supuesto que el heredero tiene sobre sí las mismas responsabilidades que su antecesor, ningún perjuicio ofrece la falta de presentación de los documentos ó de la justificación supletoria”. (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones... Op. cit.* Pág. 75 a 79 y 81).

Junto a los artículos 16 y 17 que hemos comentado, el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, contenía otras disposiciones de interés para nuestro estudio, y en íntima relación con el articulado del Real Decreto Legislativo de 23 de mayo de 1845. Nos referimos a los artículos 8 (regulador de los plazos en que debían presentarse los documentos en el Oficio de hipotecas y derogador de los anteriores plazos); 12 (sobre constancia de las fechas de presentación del documento, pago del derecho de hipotecas y registro, por el escribano hipotecario en el documento); 20 (relativo a las multas en que incurrirían los que se retrasasen en la presentación de los documentos) y 30 (que prohibía a los Gobernadores prorrogar los plazos de presentación de los documentos y pago del derecho de hipotecas, así como dispensar las multas establecidas). La lectura de estos artículos en relación con el artículo 40 del Real Decreto de 23 de mayo de 1845, suscitaba nuevamente la duda de si la falta de presentación de los documentos dentro de los plazos respectivos, producía la nulidad sólo del documento (como medio de prueba) o también del contrato. Y optando por esto último, si producía una nulidad absoluta o relativa.

HERNÁNDEZ DE LA RUA, si bien da argumentos en favor de la nulidad absoluta del documento y del contrato, se inclina finalmente, por entender que la nulidad de documento y contrato eran relativas, es decir, subsanables presentando el documento fuera de plazo y pagando la multa correspondiente. Lo contrario, entiende que sería excesivamente riguroso e incongruente con la propia regulación establecida por ambos Reales Decretos.

He aquí sus argumentos en pro de la nulidad absoluta del acto no presentado en plazo:

“Parece á primera vista, y consultando las reglas generales del derecho, que... [la nulidad de contrato y documento, no presentado en plazo] no ofrece dificultad, porque constantemente se observa que la sanción penal [en nuestro caso, la multa] va acompañada de la nulidad del acto que la ocasiona. Esta misma opinión fundada en las teorías generales, tiene apoyo en los Reales Decretos de 23 de mayo de 1845 y 26 de noviembre de 1852, supuesto que por el artículo 20 del primero y los artículos 15 y 25 del segundo se manda insertar en los documentos la cláusula de *nulidad si dentro de los plazos prefijados en sus respectivos*

*artículos no se toma razón, previo el pago del derecho hipotecario, también dentro del plazo señalado.*

Todavía se robustece más y más esta opinión si se consulta la disposición del art. 30 del Real Decreto de 26 de noviembre. *Los Gobernadores de provincia*, dice éste, *no podrán prorrogar los plazos señalados para la presentación de documentos al registro y el pago de los derechos de hipotecas*. Esta prohibición ya decretada en 26 de noviembre de 1849, fue consecuencia del abuso de los Gobernadores, entonces Intendentes de provincia, en permitir la toma de razón después del vencimiento de los plazos concedidos por las reales disposiciones anteriores, relativas al registro. Muchos documentos ineficaces en juicio y fuera de él por la omisión de aquellos requisitos esenciales, se revalidaban por medio de la autorización concedida por los Intendentes para tomar razón, con lo cual se ocasionaban evidentes y enormes perjuicios á las partes; fue pues, necesario poner un dique a aquellas autorizaciones por R.O. de 26 de noviembre de 1849.

Si pues se consideró perjudicial la autorización que con conocimiento de causa podían conceder o negar los Intendentes, ¿cómo es posible que sin incurrir en contradicción manifiesta se permitiera después por el Real Decreto de 26 de noviembre que **con solo pagar la multa, se registraran los documentos no presentados en tiempo, y quedasen válidos y eficaces?** ¿Cómo pudiera justificarse esta disposición que autorizara virtualmente la infracción de la ley, con solo la carga de pagar la multa correspondiente?. ¿Cómo podrían ponerse en armonía los artículos 15 [del R.D. 26 noviembre 1852], 20 [del Real Decreto de 23 de mayo de 1845] y 25 [del Real Decreto de 26 noviembre de 1852]?".<sup>139</sup>

Hasta aquí sus argumentos en pro de la nulidad absoluta del título no inscrito en plazo. Veamos ahora su tesis de la nulidad relativa y cómo la sostiene:

“... El instrumento presentado á la toma de razón fuera del plazo señalado es válido y eficaz:

---

<sup>139</sup>

Ibídem. Pág. 107 y 108.

1. Porque no puede comprenderse ... que de un documento presentado fuera de tiempo, no se tome razón y se haga pagar la multa: **suficiente pena del descuido ó de la mala fe, que no hubiese producido efectos perjudiciales á un tercero, sería la declaración legal de su ineficacia.**
2. Porque en muchos casos sería imposible la revalidación de los documentos para poderlos presentar de nuevo en tiempo habil.
3. Porque lo único que se consiguiera sería colocar á las partes interesadas en el caso de realizar una trampa legal, por decirlo así, con lo que nada se conseguía y se daba mal ejemplo”

“... En efecto, en el caso de omitir la presentación de unas particiones, v.g., en el plazo legal, ¿Quién había de practicar otras que se presentaran después a su debido tiempo?. ¿Habría el juez de dictar nuevo auto de aprobación?. En caso negativo, puesto que esta ilegalidad no podía tolerarse siquiera, ¿a quién pararían los bienes hereditarios?. ¿Había de perderlos, supuesto que no tenía ni podía tener ya título legítimo que autorizara la adquisición?. Ya se concibe que nada de todo esto es posible: que no podía justamente llevarse al extremo tanto rigor legal: que se incurriera, como hemos dicho, en el imposible legal de revalidar los documentos de adquisición”.<sup>140</sup>

**En resumen, pues, para HERNÁNDEZ DE LA RUA, la falta de registración produciría la nulidad y la falta de presentación en plazo legal, haría incurrir en multa.<sup>141</sup> O lo que es lo mismo, HERNÁNDEZ DE LA RUA se inclinaba por la interpretación de la sanción de nulidad, como de una nulidad relativa.**

Ahora bien, cabe igualmente preguntarse qué ocurriría, si presentado el documento en el plazo legal, no se pagase el derecho de hipotecas en plazo. Hay que tener en cuenta, para comprender la trascendencia de esta pregunta, el mecanismo sentado por el Real Decreto de 1845 y Real Decreto de 26 de noviembre de 1852 para la presentación de

---

<sup>140</sup> Ibídem. Pág. 108.

<sup>141</sup> Ibídem. Pág. 109.

documentos, liquidación del impuesto, pago del mismo y toma de razón. Aquélla debía verificarse en el Oficio de Hipotecas en un determinado plazo. Presentado el documento en plazo, el escribano hipotecario realizaba la liquidación del impuesto, el cual se abonaba, según los casos, bien en la oficina del recaudador al servicio de la Administración, bien en el Oficio, al propio escribano hipotecario.<sup>142</sup> En todo caso, el pago debía verificarse en un plazo de 8 días, contados desde el siguiente inclusive al de la presentación (art. 10 R.D 26 noviembre 1852), no pudiendo verificarse la toma de razón del documento hasta que se hubiese producido el pago y se presentase recibo acreditativo del mismo, otorgado por el recaudador (art. 23 y 24 R.D. 23 mayo 1845). Teniendo presente esta mecánica establecida, podía darse el caso, de que se hubiese presentado el documento sujeto a toma de razón, en plazo, pero que después se hubiese pospuesto el pago del impuesto. En principio, como dice HERNÁNDEZ DE LA RUA, sería superfluo señalar un término si pudiera desprejarse impunemente. ¿Devenía, pues, nulo [absolutamente] el contrato por tal motivo?. Parece que no.

“En el Real Decreto de 26 de noviembre predominó el pensamiento de sustituir la nulidad con la multa, pensamiento que aplaudimos, - dice DE LA RUA - , porque aquélla, además de ser infructuosa en sus consecuencias, sería enormemente perjudicial en muchos casos, insubsanable en otros y jamás ventajosa para el interés general.

---

<sup>142</sup> Según las previsiones del R.D. 23 de mayo de 1845, como ya apuntamos, parece que debían crearse unas oficinas de registro independientes de las Contadurías de Hipotecas y existir un recaudador del impuesto, en cada población en que radicasen aquéllas. Sin embargo, aquellas oficinas no se crearon, como ya dijimos. “... Las oficinas de registro no existen; las contadurías de hipotecas continúan en la misma forma que antes se hallaban, y hoy desempeñan el cargo de registradores”, decía HERNÁNDEZ DE LA RUA.

Igualmente, tampoco llegó a existir un recaudador del impuesto en todo pueblo en que radicase una oficina de hipotecas, pese a la previsión de la disposición 6ª de la Circular de 28 de agosto de 1845, por lo que, allí donde no existía recaudador encargado de cobrar el impuesto era “el mismo escribano encargando de la oficina de toma de razón ó contaduría de hipotecas ...” el que cobraba el impuesto. (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 146).

La disposición 6ª de la mencionada Circular preveía: “La recaudación del derecho de hipotecas estará á cargo de las Tesorerías [de Provincia] y Depositarias de Rentas [de partido administrativo] en las capitales de provincia y de partido administrativo, con intervención de las Administraciones respectivas, en las cabezas de partido judicial al de los Administradores de estancadas ó Aduanas, y donde no hubiese esta clase de empleados á sueldo fijo del Estado, los señores Intendentes, á propuesta y bajo la responsabilidad de la Administración, podrán elegir á los expendedores de efectos estancados ó personas particulares que garanticen su manejo”. ( El texto completo de la Circular se recoge en la *Guía de la Hacienda Pública. Parte legislativa de 1845, redactada por Don Antonio García Jiménez*. Imprenta de D. José Félix Palacios. Madrid, 1846. Págs. 633 a 637).



¿Qué se adelantaría para el fin que se propone el registro con la nulidad [absoluta] del documento?. ¿Cómo se subsanaría en los casos de herencia ó de haber fallecido el uno de los otorgantes?. ¿A quién pertenecieran los bienes que no podían adquirirse válidamente, por no poder corregir el vicio de nulidad que invalidara los instrumentos?. El medio elegido de la imposición de multas es eficaz, y no lleva consigo los perjuicios irreparables indicados: el que no pagó dentro de los 8 días pague en pena de su morosidad un recargo de 4 maravedís por real a semejanza del moroso en la satisfacción de los demás impuestos, ...”.<sup>143</sup> Y con ello, podrá lograr el registro de su documento y su eficacia.

Llegados a este punto, encontramos conveniente hacer una reflexión de conjunto sobre las disposiciones estudiadas y su incidencia en la institución de la Contaduría de Hipotecas y en los efectos previstos para la falta de toma de razón.

El Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y la Real Orden de 29 de julio de 1830, iniciaron un cambio importante en la finalidad perseguida por la institución registral, que de la evitación de los estelionatos pasó a tener como objetivo el **dar mayor legitimidad a las adquisiciones de dominio**. Para ello se creó una sección 2ª de la Contaduría en la que se deberían inscribir las transmisiones contractuales del dominio directo o indirecto de inmuebles. Todavía no se inscriben en el Oficio todas las mutaciones inmobiliarias de las fincas, pero el sistema de Registro comienza a aproximarse a dicha situación. Para el documento público o privado, inscribible en la Sección 2ª y no registrado en plazo, se prevé una sanción de nulidad, que opera del mismo modo que la prevista en la Pragmática de 1768, pero con la particularidad de poder ser considerada extensiva, incluso a las obligaciones personales entre las partes contratantes.

En tal hipótesis, la falta de registración en plazo de la escritura de compraventa o permuta, por ejemplo, impediría incluso que las partes pudiesen exigirse judicialmente el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato. En cierto modo esto era

<sup>143</sup> Ibídem. Pág. 143 a 145. El autor se refiere al art. 21 del R.D de 26 de noviembre de 1852: “Los interesados que, despues de haber presentado sus documentos, no satisfagan en el plazo prefijado los correspondientes derechos de hipotecas, incurrirán en la multa de un recargo de cuatro maravedís por cada real, sin perjuicio de los gastos que puedan ocasionar las diligencias necesarias hasta conseguir que se haga efectivo el pago del descubierto”.

lógico. ¿Para qué permitir que el contrato no inscrito fuese eficaz ante los tribunales para exigir el cumplimiento de las prestaciones personales, si la entrega de la cosa por el deudor, por no haber sido inscrito el contrato en plazo y haber sido privado de su potencial efecto traslativo, era ineficaz para transmitir el dominio, que permanecía en aquél, de modo que sólo transmitía una mera posesión?. Todas estas cuestiones realmente suponían una alteración del Derecho Civil vigente, pensamos que poco estudiado por la doctrina.

Con el Real Decreto de 23 de mayo de 1845, la transformación de la Contaduría de Hipotecas deviene profundísima. Las dos secciones se refunden en los nuevos libros creados, de sistema de folio real, y en ellos comenzarán a inscribirse, todas las mutaciones jurídico-reales que puedan experimentar las fincas: no solo transmisiones de inmuebles en propiedad o usufructo por contrato o por sucesión y gravámenes no susceptibles de manifestación posesoria (hipotecas, censos ...) sino también toda suerte de desmembraciones del dominio, que DE LA RUA consideraba subsumibles en el amplio concepto de cargas utilizado por el Real Decreto. La toma de razón obligatoria tiene ya, en palabras de DE LA RUA, una finalidad de **"dar seguridad a los propietarios o adquirentes que pudieran ser burlados por enajenaciones desconocidas"**, por ejemplo, por una donación desconocida, y no por meros gravámenes ocultos no susceptibles de manifestación posesoria. Para evitar dicha burla al adquirente, se establece que la falta de presentación del título registrable en plazo produzca la nulidad *relativa* del título; relativa<sup>144</sup>, ya que era subsanable mediante la presentación posterior y pago del impuesto, más las multas adeudadas y ya que permitía *revivir* un derecho muerto (extinguido), *aunque sin perjuicio de tercero*. Éste era sin duda el espíritu de las disposiciones legales, que preveían expresamente los supuestos de presentación fuera de plazo (art. 20 del R.D 26 noviembre 1852) y de pago del derecho de hipotecas fuera de plazo (art. 21 del mismo R.D).<sup>145</sup>

<sup>144</sup> No en el sentido de ser anulable el contrato, sino en el sentido de que la nulidad podía ser subsanada mediante posterior registración.

<sup>145</sup> Como hizo notar HERNÁNDEZ DE LA RUA, el art. 4 del Real Decreto de 19 de agosto de 1853, en su segunda parte "encierra una protección al término ya fenecido para presentar los documentos a inscripción" y por lo tanto, un argumento en favor de que el espíritu de las disposiciones hipotecarias era el de la nulidad relativa del título inscribible no inscrito. El artículo permitía que los documentos anteriores a 1 de enero de 1853, fecha en que entró en vigor el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, se inscribiesen, previo pago del impuesto hipotecario, en un plazo de 8 meses, relevando a los obligados a la presentación, del pago de las

El título no inscrito en plazo y que continuaba sin ser registrado, como nulo, era ineficaz frente a tercero e incluso entre las mismas partes contratantes, por lo que en el ejemplo puesto de donación no registrada, si el donante, hipotecaba luego la finca, hipotecaba lo que todavía era de su propiedad, a causa de la sanción de nulidad de la transmisión. Si el título no inscrito en plazo, se inscribía fuera de éste, como la nulidad de que adolecía era subsanable por el posterior registro, quedaba revalidado, y el derecho real volvía a existir, aunque sin perjuicio de tercero que con anterioridad a la subsanación hubiese adquirido un derecho sobre la misma finca.

También aquí con esta regulación, e incluso en la 2ª hipótesis de registración fuera de plazo, se respetaba el principio de que nadie da lo que no tiene, y como en las Pragmáticas, lo no inscrito no perjudicaba a tercero *porque no existía* (nótese que no existía en el momento de adquirir el tercero, dada la sanción de nulidad para lo no registrado, por lo que, aunque luego reviviese el derecho por la posterior registración *sin perjuicio del tercero*, la adquisición de éste se hizo con arreglo al principio de que nadie da lo que no tiene).

Ahora bien, pese a que el Oficio ya pretendía publicar todas las titularidades reales que pudiesen recaer sobre una finca, NO GARANTIZABA QUE QUIEN APARECÍA COMO TITULAR DEL DOMINIO EN LOS LIBROS LO FUESE IURIS ET DE IURE EN FAVOR DE UN TERCERO QUE CONTRATASE SOBRE LA BASE DE LO PUBLICADO POR EL REGISTRO. Eso sí, las titularidades no inscritas, como nulas, no podían perjudicar al tercero. Aunque este efecto parecía desprenderse de la lectura de los Decretos, dudamos de que tuviese verdadera aplicación, porque tal régimen, alteraba la regulación sobre la doble venta de las Partidas, y sin embargo, los comentaristas de la LH 1861, no hacían mención alguna a la existencia de un régimen sobre las transmisiones inmobiliarias integrado por las Partidas y los Reales Decretos del XIX, sino únicamente hacían referencia a

---

multas en que hubiesen incurrido por su omisión. "... De modo que esos títulos que eran nulos por la falta de toma de razón, según las disposiciones legales anteriores a 26 de noviembre de 1852, quedaron revalidados bajo la condición de que se registren y paguen el derecho hipotecario dentro del plazo señalado". Pero incluso la revalidación no parecía si tales condiciones se incumplían. Ahora bien, en tal caso; esto es, si la presentación no se efectuaba en el término de 8 meses, sino posteriormente, se quedaría de nuevo sujeto al pago de las multas. (HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 165 a 168).

que el sistema vigente a la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, era el sistema de Partidas.

Por otro lado, igualmente para la seguridad del adquirente, no cabía realizar ante escribano acto alguno sujeto a registro, que tuviese por base un título registrable anterior, sin haber justificado el registro previo de éste. Existía, no obstante, la posibilidad de hacer una justificación supletoria suficiente de la adquisición anterior y del hecho de haber satisfecho el impuesto, si se carecía, por el motivo que fuese, de dicho título inscrito.

Vemos, pues, que especialmente a raíz del Real Decreto de 23 de mayo de 1845, la situación creada en cuanto a la registración en los Oficios era muy distinta a la que configuró la Pragmática de 1768.

No debieron ser muy saludables, desde luego, las disposiciones contenidas en los artículos 16 y 17 del Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, cuando en 19 de agosto de 1853, hubo de expedirse un nuevo Real Decreto<sup>146</sup> que suspendió la ejecución del art. 16 del Real Decreto de 26 de Noviembre de 1852 “hasta que, *revisada la legislación hipotecaria vigente* con todo el detenimiento que exige asunto de tanta trascendencia, se adopten sobre el particular que aquel comprende las disposiciones convenientes en la *ley definitiva*”. (art. 3).

Igualmente se declaró que no se exigiría el otorgamiento de escritura pública sino en el caso de que las leyes lo requiriesen como requisito principal para la validez de los actos sujetos a registro (art. 6).

La suspensión del art. 16 del R.D de 26 de noviembre de 1852, relevaba de la obligación de presentar los documentos justificativos de la pertenencia de los derechos, en los casos en que antes se exigía. De modo que los escribanos, a la hora de autorizar documentos, debían atenerse a las disposiciones vigentes antes del R.D de 1852.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> Colección Legislativa de España. (Continuación de la colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1853. Tomo LIX. Imprenta Nacional. Madrid, 1853. Págs. 496 a 500.

<sup>147</sup> HERNÁNDEZ DE LA RUA. *Comentarios a las disposiciones...* Op. cit. Pág. 165 y ss.

Así las cosas, estamos en vísperas de la formación de la Ley Hipotecaria de 1861, que en cuanto a los títulos registrables no inscritos, sentará un sistema muy distinto del de las Pragmáticas de 1539, Auto Acordado de 1713 y Pragmática de 1768 y del nuevo sistema establecido por los decretos “fiscales” del siglo XIX. Sentará lo que podríamos llamar “un tercer sistema de publicidad registral inmobiliaria”.

## VI. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS REGISTRABLES EN LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861.

### 1. Preliminares.

Creado un estado de opinión de condena de la legislación civil anterior y de la urgente necesidad de su reforma, el Gobierno encargó a la Comisión de Códigos la redacción de un Proyecto de Ley Hipotecaria, para su presentación a las Cortes, (ante la imposibilidad de que el Código Civil llegase en breve plazo a las Cámaras legislativas), por medio del Real Decreto de 8 de agosto de 1855<sup>148</sup> y la Real Orden de 10 de agosto de 1855.<sup>149</sup> En estas disposiciones se ordenaba a la Comisión redactar una ley de aseguración de la propiedad territorial.<sup>150</sup>

La legislación civil anterior a la Ley Hipotecaria (contenida en nuestros antiguos cuerpos legales: Partidas, Novísima Recopilación, Leyes de Toro, Fueros ...) era objeto de condena por el pensamiento ilustrado porque no garantizaba suficientemente la propiedad, ni asentaba en bases sólidas el crédito territorial, ni activaba la circulación de inmuebles y capitales. La reforma de la misma se reputaba urgente por ser “indispensable para la creación de los Bancos de crédito territorial”. Así se expresaba la Exposición de Motivos del Real Decreto de 8 de agosto de 1855.

Pero, ¿qué quería decirse al afirmarse que la dicha legislación no aseguraba la propiedad ni el crédito hipotecario?. Sencillamente que el comprador o adquirente de

<sup>148</sup> *Colección Legislativa de España. (Continuación de la colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1855. Tomo LXV. Imprenta Nacional. Madrid, 1855. Págs. 617 a 619.*

<sup>149</sup> *Ibidem. Pág. 627 y 628.*

<sup>150</sup> Para los párrafos siguientes, *Cfr.:* LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Págs., 38 y 39.*

un derecho real limitado, como la hipoteca, por ejemplo, **carecía de un mecanismo AUTOMÁTICO para verse libre de las reclamaciones que le pudiese hacer un tercero de mejor derecho, viéndose solamente libre de las mismas por *el paso del tiempo* unido a su posesión, es decir, por la usucapión o prescripción adquisitiva, (si el derecho podía adquirirse por usucapión), o por la prescripción extintiva, *tras un determinado tiempo*, de las acciones reales (o personales) que ostentase dicho tercero. En el antiguo derecho civil, pues, las adquisiciones derivativas "imperfectas", (llamémoslas así para utilizar un término generalísimo en esta abstracción), procedentes de titularidades claudicantes; procedentes de un no dueño, etc... *solo quedaban purgadas por el transcurso del tiempo, respetándose durante el mismo, el derecho y las acciones del tercero de mejor derecho, ajeno al contrato de transmisión o constitución del derecho real.***

En otras palabras, el comprador de una finca que, en el siglo XVIII, acudía a la Contaduría de Hipotecas pidiendo una apuntación extrajudicial de las cargas que constasen en sus registros, y la obtuviese simplemente o por certificación autorizada (art. VII de la Instrucción de 1767), sabía que toda carga registrable sobre la finca que pretendía adquirir, de la que el contador no le diese noticia, no le perjudicaría por no existir (era nula).

En cambio, los libros de la Contaduría no le darían noticia de quién era el propietario de la finca, pues la propiedad no se registraba por entenderse suficiente la publicidad que le otorgaba la posesión. De este modo, el comprador adquiría la finca del poseedor que le justificaba su dominio. Si éste era verdaderamente el propietario, la adquisición era perfecta, inamovible, inatacable. No así, si el verdadero propietario era otra persona. En este caso, el verdadero propietario podría ejercitar con éxito su acción reivindicatoria contra el comprador (Ley 19ª, Título V, Partida V), salvo si éste podía oponer la excepción de haber usucapido el dominio. Si el comprador perdía la finca adquirida ante el verdadero propietario, tenía acciones civiles, e incluso penales contra quien se la vendió sin ser suya.

**Esta posibilidad del verdadero propietario de recuperar su finca es lo que en el pensamiento ilustrado se califica como "incertidumbre del dominio del adquirente".**

Igualmente, si una persona adquiría una hipoteca sobre una finca, sabía que toda otra hipoteca anterior no inscrita en la Contaduría y de la que sus libros no diesen noticia, no le perjudicaría por nula (salvo las hipotecas legales o tácitas "que la ley concedía a ciertos acreedores privilegiados sobre todos los bienes del deudor sin necesidad de tomar razón de ellas en la Contaduría, y que una vez establecidas seguían a los bienes a través de cualesquiera manos por las que pasasen".<sup>151 152</sup>) Pero la Contaduría ni le informaba, ni le garantizaba quién era el propietario de la finca que se le ofrecía en hipoteca por lo que si el hipotecante no era verdaderamente propietario de la misma, su hipoteca era nula y no producía ningún efecto, quedando libre la finca para el verdadero dueño. (Ley 7ª y 9ª, Título XIII, Partida V).<sup>153</sup> **Esta posibilidad de que el verdadero dueño hiciese valer la libertad de su dominio es lo que el pensamiento ilustrado calificaba como "inseguridad del crédito territorial", esto es, inseguridad de la recuperación del dinero prestado con garantía hipotecaria sobre una finca.**

Lo dicho puede aplicarse a infinidad de supuestos imaginables.

Frente a este ordenamiento tradicional de la propiedad, la Ley Hipotecaria de 1861 inaugurará una reforma radical del Derecho civil en aras de la seguridad del comprador y del acreedor hipotecario de nuestros ejemplos, esto es, de la inatacabilidad de sus adquisiciones, que quedarán libres de todo riesgo, esto es, de toda reclamación de tercero de mejor derecho.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> Ibidem. Pág., 39.

<sup>152</sup> Hay que tener presente que el tercer adquirente de los bienes obligados por la hipoteca legal, sólo estaba obligado a satisfacer el importe de la obligación para cuya seguridad estaban hipotecados los bienes, si el acreedor no había podido obtener el importe de su crédito del principal deudor, mediante el procedimiento de excusión de bienes. ( OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español... Op. cit.* Pág. 256).

<sup>153</sup> JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, IGNACIO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, MIGUEL. *Instituciones ... Op. cit.* Pág. 169 y ss.

<sup>154</sup> El sistema de registro creado por las Pragmáticas habría sido perfecto, en nuestra opinión, si hubiera extendido la obligación de registro a las transmisiones contractuales de la propiedad en que no intervenía la entrega de la posesión inmediata o real, como por ejemplo, a las transmisiones que las Partidas permitían realizar, entregando simplemente los documentos de adquisición del transmitente o bien, otorgando un nuevo

El Proyecto de ley (abandonada la vía primeramente intentada de redactar la ley a partir de una Ley de Bases aprobada por las Cortes<sup>155</sup>) fue presentado íntegro a éstas, por el Ministro de Gracia y Justicia, Santiago Fernández Negrete, el 3 de julio de 1860, para que se pudiese deliberar sobre el mismo en su totalidad.<sup>156</sup>

Sin embargo, cuatro meses después, el 25 de octubre de 1860, el mismo ministro propuso al Senado la deliberación de un proyecto de ley por el que se autorizaría al Gobierno la publicación como ley del proyecto de Ley Hipotecaria presentado, evitando así una discusión detallada del mismo.<sup>157</sup>

---

documento y entregándose al adquirente (*traditio cartae*) o bien mediante manifestación del antiguo dueño de continuar en la tenencia de la cosa en nombre del adquirente (constituto posesorio). Leyes 8ª y 9ª, Título XXX de la Partida 3ª.

Véase, a propósito de la tradición sin entrega de la posesión real en el Fuero Juzgo y las Partidas, GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1948. Pág. 340 a 343.

<sup>155</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...* Op. cit. Pág. 164 a 166.

<sup>156</sup> En su discurso de presentación de la Ley, el ministro justificó el abandono del sistema de Ley de Bases (Proyectos de Leyes de Bases redactados por la Comisión de Codificación, presentados a las Cortes el 3 de junio de 1857 y el 14 de enero de 1858) del siguiente modo: “El Gobierno ha creído preferible al sistema de bases seguido hasta ahora, presentar la ley íntegra á la deliberacion de las Cortes, para que examinado el conjunto de sus disposiciones, y conociendo mejor sus tendencias, pudieran con tranquilo ánimo prestarle su voto. Y la comisión de códigos, respondiendo ... á los deseos del Gobierno, presentó acabada su obra, acompañándola de una exposicion de los motivos que le sirven de fundamento, y que á la vez explican la extension, espíritu y enlace de todas sus disposiciones” ( ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo I, Volumen I. Leyes de 1861 y 1869. Editorial Castalia. Madrid, 1989. Pág. 132).

<sup>157</sup> El ministro justificó este cambio de opinión del siguiente modo: “... La naturaleza de la materia sobre que versa, que es de las mas áridas y difíciles de todo el código civil; los numerosos artículos de la ley, y la dependencia que guardan entre sí y con las demas partes del derecho, harían muy larga y embarazosa una discusión detallada, y el resultado probable sería que, á pesar de los buenos deseos, y del mas decidido empeño de cuantos en ella tomasen parte, quedaria privado el país *por falta de tiempo* de los beneficios que ha de proporcionarle el planteamiento de la reforma hipotecaria, con tan vivo afán solicitada ...” (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS *Leyes hipotecarias...* Op. cit. Pág. 133). Desde luego es indudable que el Gobierno tenía una especial premura por acelerar la promulgación y vigencia de esta ley de aseguración de la propiedad territorial.

Tal premura sorprendió y fue objeto de crítica en el Senado, llegándose a conceptualarla de irregularidad en la formación de la Ley, por algún parlamentario. Se trataba del Sr. SIERRA, el cual, refiriéndose al art. 1º del proyecto de autorización, tal y como había sido redactado por la Comisión del Senado modificando su tenor inicial, (Art. 1º: El proyecto de ley hipotecaria presentado por el Gobierno a las Cortes, se publicará desde luego como ley en la Península e islas adyacentes), formuló la siguiente oposición que reproducimos:

“... Tampoco creo que pueda publicarse como ley lo que no es ley, lo que no puede serlo. ¿Por qué?. Porque las leyes se hacen de otra manera: aquí se habrá discutido sobre la totalidad del proyecto de ley, se habrán hecho observaciones, todo lo que se quiera: pero ni se ha discutido la ley ni se han seguido los trámites comunes y ordinarios que están señalados en los Reglamentos para la confección de las leyes: de consiguiente, no puedo en manera alguna convenir en que se publique como ley lo que no es ley. Yo no tengo potestad para



El proyecto de autorización fue modificado por la Comisión del Senado nombrada para dar su dictamen sobre el mismo, en el sentido de fijar el tiempo de publicación de la Ley Hipotecaria y su entrada en vigor. El mismo, con las dichas modificaciones introducidas, fue aprobado en el Senado con 104 votos a favor y 11 en contra, y en el Congreso, por unanimidad.<sup>158</sup> Así, el proyecto de autorización, con la sanción real otorgada a 8 de febrero de

---

hacer que sea ley lo que no se ha hecho según las fórmulas y las prescripciones legales establecidas para que un proyecto de ley pase a ser ley.

Todos los actos humanos que se ejercen por cualquiera que tenga alguna autoridad, para su validez necesitan dos cosas: la primera que sean hechos con potestad; e indudablemente los Cuerpos colegisladores con el Rey tienen la potestad de hacer las leyes. Necesitan en segundo lugar, que estos actos sean ejecutados con las formas que las mismas leyes prescriben, porque de otra manera tampoco tienen validez ni pueden nunca pasar a ser actos legítimos; porque la legitimidad la han de tomar precisamente del poder con que se hagan, y de la forma con que se ejecuten.

Ya oigo que me estarán diciendo: << Pero justamente el Gobierno de S.M., ha acudido a los Cuerpos colegisladores con el objeto de que, sin discutirse en la forma que prescriben las leyes, o lo que es lo mismo, por medio de una autorización pueda plantearse el proyecto de ley hipotecaria; no siendo por consiguiente un obstáculo, o no debiendo serlo el que no haya pasado por los trámites que las mismas leyes señalan >>. Pero aquí me ocurre otra dificultad.

El Gobierno de S.M. presentó en 3 de Julio de este año un proyecto de ley hipotecaria, simplemente para que, examinado por los Cuerpos colegisladores, en la forma ordinaria, y aprobado que fuese, pudiera ir a la sanción de S.M. y llegar a convertirse en ley del reino. El camino que el Gobierno siguió fue el natural, el debido; se repartió este proyecto a los Cuerpos colegisladores, **que por cierto llegó a mi poder en el mes de Octubre; pero en fin, había tiempo para que pudieran instruirse en él los Sres. Senadores.** [Cva. y negr. ntras.]

Ahora bien: el Gobierno de S.M., animado de los mejores deseos, convencido de la necesidad de plantear este proyecto y de lo conveniente de su ejecución, en este segundo período de la legislatura se presenta y dice: << vengo a los Cuerpos colegisladores en busca de una autorización para poner en práctica la ley hipotecaria que sometí al examen de los Cuerpos colegisladores el 3 de Julio del presente año >>. Se pasó este nuevo proyecto de ley a la Comisión que ha entendido en el asunto, y la Comisión presenta el dictamen, cuyo primer artículo estoy combatiendo, y en el cual, no sólo no se habla de la autorización, sino que por el contrario, se habla ya de un modo imperativo, y se dice: << Se ejecutará, se tendrá como ley >> : de consiguiente parece como abandonado el procedimiento del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, que venía pidiendo autorización. Se me dirá a esto probablemente por los señores de la Comisión, que en sustancia es lo mismo, que el resultado es que se concede la autorización, y que no han tenido por conveniente usar de esa frase en el art. 1º, y sí de esta otra que se encuentra en el mismo.

Pero de todas maneras, **¿en qué se funda la Comisión y el Sr. Ministro de Gracia y Justicia para que se prescinda de los trámites regulares y ordinarios que señala el Reglamento para que un proyecto de ley haya de convertirse en ley?** [Cva. y negr. ntras.] (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución.* Tomo I, Volumen II. Leyes de 1861 y 1869. Discusión parlamentaria. Editorial Castalia. Madrid, 1989. Págs., 139 y 140)

El Señor SIERRA no había quedado convencido por los argumentos alegados por el Ministro, que se resumían en dos: complicación de la Ley y falta de tiempo. Nosotros, desde luego, tampoco. El resultado era que una reforma radical y total del Derecho civil, fundamentalmente en lo relativo a la ordenación de la propiedad, fue realizada por un reducido grupo de ilustrados, militantes de partidos liberales, y en su mayoría del más progresista, según dice OLIVER: MANUEL CORTINA (Presidente); PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA; MANUEL GARCÍA GALLARDO; FRANCISCO DE CÁRDENAS; PASCUAL BAYARRRI; JOSÉ DE IBARRA y JUAN GONZÁLEZ ACEVEDO.

<sup>158</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 166 a 168.

1861, se publicó como ley en la Gaceta de Madrid el 10 de febrero de 1861, dando fuerza legislativa al proyecto de Ley Hipotecaria, la cual se ordenó imprimir oficialmente por Real Orden de 15 de febrero de 1861.

## 2. El artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.

La Ley sentó el principio cardinal de la misma de que "lo inscribible, no inscrito en el Registro de la Propiedad, no perjudicase a tercero inscrito, pese a existir en la realidad". Este principio quedó plasmado en su art. 23:

**"Los títulos mencionados en los artículos 2º y 5º <sup>159</sup> que no estén inscritos en el registro, no podrán perjudicar a tercero".<sup>160</sup>**

El carácter fundamental de este artículo fue puesto de manifiesto por sus autores.

Así, en la sesión de 9 de enero de 1861, durante la discusión parlamentaria del proyecto de autorización en el Congreso de los Diputados, el ministro NEGRETE afirmó que las bases de la ley se contenían en tres artículos: el 23, transcrito, y el 24 y 25, que eran su consecuencia.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> En el artículo 2º, en lo que a nosotros interesa, se preveía que en el Registro de la Propiedad se inscribirían:

"... 1º. Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2º. Los títulos en que se constituyan ... derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteúsis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3º. Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados ..."

En el artículo 5º se preveía la inscripción en el Registro de los títulos expresados en el art. 2, otorgados en país extranjero y que tuviesen fuerza en España con arreglo a las leyes.

<sup>160</sup> *Ley Hipotecaria, Reglamento General para su ejecución e instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*. Edición Oficial. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1861. Las citas de la Exposición de Motivos de la Ley, redactada por la Comisión de Codificación, las tomamos de esta edición oficial, así como el texto de los artículos.

<sup>161</sup> Art. 24: Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común.

Art. 25: Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de la inscripción.

Del art. 23 no dudó en decir que “... si se analiza bien esta ley, si se condensa todo lo que es condensable, si se saca el espíritu de esta ley, **este artículo de la ley es la sola ley**, el art. 23 es sólo la ley hipotecaria; se pudiera decir sin exageración que esta ley fundamentalmente no es más que el art. 23, es decir, que no tiene más que un solo artículo y una sola excepción, el art. 354. << Los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero.>>

**¡Qué de cuestiones se resuelven en este solo artículo!**

**Luego hay necesidad de la inscripción para perjudicar a tercero, origen de la inscripción.”**<sup>162</sup>

La Comisión de Códigos, en la Exposición de Motivos de la Ley,<sup>163</sup> dejó también sentada la importancia de este principio consignado por el artículo 23, hasta el punto de hacer derivar del mismo otros preceptos, como los arts. 36 a 41. Por lo menos, esto es lo que nosotros inferimos de sus palabras:

“... Otras innovaciones no menos trascendentales introduce el proyecto en el antiguo derecho respecto á las acciones rescisorias y resolutorias, **las cuales, á no violarse el principio adoptado [se refiere al de que el título no inscrito no perjudique a tercero], no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ellas en el registro.**

<sup>162</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias* ... Tomo I, Volumen II. *Op. cit.* Pág. 387.

<sup>163</sup> No podemos comprender como en la Exposición de Motivos de la LH 1861, la Comisión de Códigos pudo afirmar lo siguiente, con relación a D. Carlos y Doña Juana y su Pragmática de 1539. “... allegaron en 1539 por primera vez materiales para la obra que ahora se trata de levantar sobre bases más sólidas. Entonces, con sabia prevision, plantearon el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria, el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca ...”. Con lo que ya dijimos en páginas anteriores, pensamos que queda demostrado que tales dos “problemas”, (mejor diríamos, “postulados” que en el siglo XIX, se tornaron “incuestionables”, en beneficio del crédito bancario), no estuvieron presentes en absoluto, en la prudencia legislativa de nuestros Reyes.

Tampoco es cierta la afirmación de la Exposición de Motivos de que con la Ley Hipotecaria que se presentaba se volvía “al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse”, porque las diferencias entre el sistema de las Pragmáticas y el de la Ley Hipotecaria son radicales, no suponiendo ésta, ninguna vuelta a un régimen anterior.

Las innovaciones que con este motivo ha introducido la comisión, se refieren á la revocación de las donaciones, al retracto legal por causa de venta, á las rescisiones de las ventas por no haberse pagado el todo ó parte del precio al comprador,( *sic*. Léase, vendedor) y por haberse vendido y entregado á un segundo comprador lo vendido antes á otro, á las rescisiones por lesion enorme y enormísima, á la restitución *in integrum*, y á la rescisión de enajenaciones hechas en fraude de acreedores”.

Esta misma interpretación viene a sostener ROCA al decir que el principio general a que respondió la Ley Hipotecaria de 1861 (*lo inscribible no inscrito no puede perjudicar al tercer adquirente, dado que éste no pudo conocerlo*) se extendió “tanto al caso de que lo no inscrito fuesen actos registrables como al que fuesen acciones no reflejadas en el Registro...”<sup>164</sup>

SOLER Y CASTELLÓ incluso hace derivar el art. 34 de la Ley Hipotecaria del artículo 23.<sup>165</sup>

### 2.1. Significado del principio.

Es posible afirmar sin exageración, teniendo presente lo explicado más arriba sobre el estado de opinión de condena de la legislación civil anterior, que el principio de que lo inscribible, no inscrito, no perjudique a tercero inscrito pese a existir en la realidad, se estableció en el Derecho Civil en 1861, al servicio del crédito territorial.<sup>166</sup> Garantizar su seguridad era el fin perseguido por la Ley.

Ya había dicho CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, al comentar los Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil de 1851, que “el suelo ... debe recibir de la ley las condiciones necesarias para ser transmitido con toda libertad (inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable), y para poder ser obligado con igual seguridad; *condiciones que sirvan de fundamento*

<sup>164</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I... *Op. cit.* Pág. 18.

<sup>165</sup> SOLER Y CASTELLÓ, FEDERICO. *Diccionario de la legislación hipotecaria y notarial de España y Ultramar*. Tomo II. Librería Católica de S. José. Madrid, 1884. Pág. 236 y 237.

<sup>166</sup> La Comisión de Códigos llega a afirmar en la Exposición de Motivos que el crédito territorial “... es uno de los intereses que en primer término deben consultarse en las leyes hipotecarias ...”. *Ley Hipotecaria... Op. cit.* Pág. 103.

*al crédito territorial, que en vano se procurará fomentar de otro modo".*<sup>167</sup> Es decir, la eliminación de los vínculos que podían recaer sobre la propiedad y el establecimiento de la seguridad en las adquisiciones y en las obligaciones del dominio, se reputaban condiciones indispensables para fomentar el crédito hipotecario, condiciones que debían suministrar las leyes.

De la lectura de la Exposición de Motivos de la Comisión de Códigos resulta claramente esta concatenación de ideas: la seguridad del crédito se funda en la seguridad de la propiedad inmueble y la seguridad de la propiedad inmueble en la publicidad absoluta, consistente en la necesidad de la inscripción en los libros del Registro de toda relación jurídico - real relativa a una finca, para que pueda perjudicar a un tercero que inscribió su título de adquisición. En consecuencia, lo que no resulte de la consulta de los libros del Registro, no puede perjudicar, esto es, oponerse a dicho tercero.

Expliquemos un poco más estas afirmaciones:

*La seguridad del crédito* consiste, como ya apuntamos, en *eliminar todo riesgo* de que la hipoteca constituida en garantía del mismo pueda llegar a ser ineficaz, de que pueda desaparecer. Se pretende ofrecer al acreedor hipotecario una finca que en su día pueda reintegrarle lo que prestó.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Vol. 2. Tomo IV. Imprenta de la Sociedad Tipográfica - Editorial. Madrid, 1852. Pág. 183. Los títulos XIX y XX del Proyecto, relativos a la Hipoteca y al Registro de la Propiedad, fueron comentados por LUZURIAGA.

<sup>168</sup> "Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, mas bien que á la persona, puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad [*sic*]; **al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona á quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste á reintegrarle en su día de lo que dió.** Su crédito no es un crédito *personal*, es un crédito *real*; no depende de la persona del deudor, no está sujeto á sus vicisitudes; **lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca:** adherido, por el contrario, su crédito á la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: ... y esto sin temor á privilegios de hipotecas desconocidas por él, **puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro**". *Ley Hipotecaria... Op. cit.* Exposición de Motivos. Pág., 9.

Para alcanzar esta seguridad, (equivalente a una finca ejecutable en cualquier caso) es preciso a su vez *que la titularidad del propietario o más genéricamente, del hipotecante, sea segura*. Una propiedad inatacable genera, lógicamente, hipotecas inatacables.<sup>169</sup> Es por esto que decíamos antes, que la seguridad del crédito se fundaba en la de la propiedad.<sup>170</sup>

Así, por ejemplo, si A que tiene inscrita su finca en el Registro, la transmite por compraventa a B, que no inscribe su adquisición, y A, la vuelve a enajenar a C, que si inscribe su título, y que luego la hipoteca a D; la inatacabilidad de la propiedad de C, a quien no perjudica el título no inscrito de B, genera, a su vez, una hipoteca inatacable para D. Por el contrario, si conforme a los principios del Derecho de Partidas, B pudiera hacer valer su título frente a C, por haber sido primero en la posesión, automáticamente decaería el derecho de D, fundado en el de C. De ahí la trascendental reforma de la Ley Hipotecaria.

Para lograr este objetivo de hacer inatacable la propiedad, se establece un sistema de publicidad absoluto, (consistente en la necesidad de la inscripción, para que toda relación jurídico - real recayente sobre la finca de que se trate, pueda perjudicar a un tercero que contrate sobre ella e inscriba su título de adquisición), acompañado de una inscripción voluntaria de dichas relaciones jurídico - reales y de un principio básico recogido en el art. 23.

**Dado que la inscripción en el Registro es voluntaria, los actos relativos a la traslación de la propiedad y a sus desmembraciones y modificaciones, no son sancionados con la nulidad por la falta de inscripción, como establecieron los decretos decimonónicos para el objeto registrable del Oficio, sino que pueden tener una vida jurídica extrarregistral. No se quiere poner dificultades, porque se quiere mucha circulación,**

<sup>169</sup> “... La condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben ó no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario”. *Ley Hipotecaria... Op. cit.* Pág. 6.

<sup>170</sup> Cfr.: DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976. Pág. 662. MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO P. *La primera inscripción en los Registros jurídicos*. BCRE. N° 34. Febrero, 1998. Págs., 381 y 382.

como decía el parlamentario ORTIZ DE ZÁRATE. Por eso el sistema de la Comisión no es de inscripción obligatoria. La propiedad puede circular libremente al margen del Registro con arreglo al derecho antiguo, pero con la salvedad, y es aquí donde entra en juego la eficacia material de la publicidad absoluta establecida, de que “para los efectos de la *seguridad de un tercero*, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro... Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesion, sera dueño con relacion al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción”.<sup>171</sup>

En este sentido decía la Comisión de Códigos que la publicidad consiste en que “desaparezcan las hipotecas ocultas [se refiere a las hipotecas tácitas]; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fé ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; **en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que á él solo es imputable al que, sin haberla cometido [esto es, al que inscribió su adquisición] ni podido conocer [es decir, desconocía la existencia de un derecho real no inscrito], adquiriera la finca gravada ó la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe ...**”.<sup>172</sup> En definitiva, según la Comisión, la publicidad consistiría en una exteriorización de relaciones jurídico reales, por medio de los libros del Registro, cuya falta produciría el efecto de que todo lo que no conste en el Registro no perjudique a tercero inscrito, prevaleciendo, en consecuencia, la adquisición de éste.

Dice BARRACHINA Y PASTOR que “suprimida la pena pecuniaria que imponía la antigua legislación al que dejaba transcurrir el término legal sin inscribir el título; no admitido ... el principio de la inscripción obligatoria ... pero si reconocido y aceptado el de voluntariedad de aquélla ... había necesidad imperiosa de que se escribiese el art. 23, como castigo al que dejaba de poner su derecho bajo las garantías del Registro ...”.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> *Ley Hipotecaria... Op. cit.* Exposición de Motivos. Pág. 19.

<sup>172</sup> *Ley Hipotecaria... Op. cit.* Pág. 9.

<sup>173</sup> BARRACHINA Y PASTOR, FEDERICO. *Comentarios a la ley hipotecaria publicada por R. D. de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección general*

En efecto, puesto que la publicidad registral se quiere absoluta y al mismo tiempo, es voluntario el otorgarla, es evidente que era preciso establecer el principio recogido por el artículo 23: todo lo no inscrito, debe no perjudicar a tercero que haya inscrito su título de adquisición; no solo los títulos de transmisión o constitución de derechos reales que permanecen al margen del Registro,<sup>174</sup> sino también toda suerte de acciones (rescisorias, revocatorias, resolutorias... ) que no resulten claramente del Registro. Así la seguridad del propietario, y por consiguiente del acreedor hipotecario, son absolutas. Todo riesgo de que sus adquisiciones sean ineficaces queda eliminado.<sup>175</sup> He aquí la demostración de por qué afirmábamos inicialmente, que el art. 23 de la LH había sido redactado al servicio del crédito hipotecario.

BIENVENIDO OLIVER parece extrañarse de que la Comisión de Codificación centrarse más su atención en la Exposición de Motivos de la LH. 1861, en explicar lo relativo al derecho real de hipoteca, que en explicar lo relativo al aseguramiento de la propiedad territorial, lo cual califica de inexplicable, por entender que el dicho aseguramiento, certidumbre o fijeza de la propiedad territorial era el objetivo básico de la Ley, mientras que la publicidad de las hipotecas, para facilitar la obtención de crédito y garantizar al acreedor hipotecario, era una mera consecuencia del anterior objetivo.<sup>176</sup>

Sin embargo, no todo era tan inexplicable, en nuestra opinión, ya que según hemos expuesto, si bien la seguridad de la hipoteca era consecuencia de la seguridad de la propiedad, como indica OLIVER, el aseguramiento de la propiedad era un objetivo

---

*de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil.* Tomo I. 2ª Edición. Establecimiento Tipográfico de Hijos de J. Armengot. Castellón, 1915. Pág. 163 y 164.

<sup>174</sup> Se exceptuaba el caso de enfrentarse un título extrarregistral a inscripciones derivadas de informaciones posesorias (art. 397), frente a las cuales si prevalecía el tercero de mejor derecho. Sólo sería inoponible el título de este tercero, si la prescripción convalidó y aseguró el derecho inscrito. (Art. 34 LH).

<sup>175</sup> Se exceptuaba, sin embargo, que el art. 34 de la Ley Hipotecaria, permitiría invalidar en virtud de un título inscrito y en perjuicio de tercero, otro título posterior inscrito. Así, según interpretaron algunos (GÓMEZ DE LA SERNA, por ejemplo), en caso de falsedad de un título inscrito. Por ejemplo: A, propietario inscrito de la finca, al que B, por medio de la falsificación de una escritura pública, le hizo figurar en el Registro como vendedor de la finca a su favor, puede recuperar la finca de C, tercero de buena fe, que la adquirió de B.

Sobre este tema, sin embargo, *cfr.*, lo que decimos en el Capítulo III, epígrafe I.3

Otra excepción a la seguridad absoluta de la adquisición era la del art. 37.2º (enajenaciones en fraude de acreedores en las que concurrían determinadas circunstancias)

<sup>176</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. (Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861.* RCDI., 1962. Nº 412 - 413. Págs. 586 y 587.



básico pero que sólo tenía razón de medio, para otro fin último: la seguridad de la hipoteca. De ahí, quizás, la especial incidencia que la Comisión de Códigos hizo en relación a ésta. "... El mismo Ministro de Gracia y Justicia, que presentó el proyecto, dijo en una sesión de las Cortes (la del 6 de enero de 1861), que de lo primero que debió ocuparse la Comisión fue asegurar la propiedad inmueble *porque era la base de la hipoteca*. " (Negr. ntra.) <sup>177</sup>

## 2.2. Alteración del derecho vigente.

La Ley Hipotecaria conmovió profundamente todo el edificio del Derecho Civil. Si bien las prescripciones de éste quedaban en vigor entre las partes contratantes, la Ley Hipotecaria las alteraba cuando se trataba de terceros protegidos por ella. De ahí que se la denominara comúnmente "ley de terceros".

Muchos principios del Derecho Civil, fundados en la sana lógica, fueron, en consecuencia, alterados. Así por ejemplo, los siguientes: *nemo dat quod non habet; acquiritur dominium traditione ex titulo habili; resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis; nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet; quod nullum est, nullum producit effectum*, etc.<sup>178</sup> Incluso resultó alterada la naturaleza misma del derecho real, que pudiendo formarse y existir perfectamente al margen del registro, por virtud de la voluntariedad de la inscripción, dejó de ser oponible *erga omnes* si no estaba inscrito.<sup>179</sup> Ello porque, a su vez, el título unido a la posesión había sido inutilizado como medio de adquirir el dominio *erga omnes*, con todas las consecuencias derivadas de ello.

Como explica GÓMEZ DE LA SERNA, de acuerdo con el Derecho de Partidas, era la posesión de las cosas inmuebles (precedida del contrato de enajenación) la que transfería la

---

<sup>177</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia ...*, Op. cit. Pág. 587.

<sup>178</sup> Nadie da lo que no tiene; se adquiere el dominio por la transmisión (entrega) en virtud de título hábil; resuelto el derecho del otorgante, se revuelve el derecho del adquirente; nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene; lo que es nulo no produce ningún efecto.

<sup>179</sup> Cfr.: DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976. Págs. 643 a 645.

propiedad. Se trataba de la regla *traditionibus, non pactis dominia transferuntur*, procedente del Derecho Romano<sup>180</sup>, el cual entendía que “un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble”.<sup>181</sup>

Las leyes de Partidas daban solución a los casos de doble venta, decidiendo a quién pertenecía el dominio, de acuerdo con dicho principio; solución que se podía aplicar analógicamente, a otros casos de doble enajenación. Pero ahora, según el nuevo principio sentado por el art. 23 de la Ley Hipotecaria, las soluciones que se diesen al problema iban a ser muy diferentes.

Conforme a la legislación de Partidas (Ley 50, Título V, Partida V), si el dueño de una cosa la vendía a dos personas distintas, entregándola al primer comprador, era éste el que adquiría el dominio, pudiendo el segundo comprador reclamar al vendedor el precio y los daños y menoscabos. En cambio, tras la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, la solución sería la misma, si el primer comprador que recibió la posesión, inscribió su título, pero si no lo hizo, “dando lugar a que otro [el segundo comprador] engañado por el silencio del registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aun en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior; *para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el registro*. Así, cuando solicite la entrega de la cosa comprada ó la ineficacia de la primera venta, no podrá ser desestimada su pretensión en virtud del título anterior que dejó de inscribirse con oportunidad, sino que *será considerado del mismo modo que si solamente á su favor se hubiese hecho la enagenación*”.<sup>182</sup>

Si la cosa se entregó al segundo comprador, la misma Ley de Partidas, atribuía a éste el dominio, siempre que hubiese pagado el precio o se hubiese dado por satisfecho de otro modo el vendedor (aceptando un aplazamiento, una garantía o confiando simplemente en la palabra del comprador. Ley 46, Título XXVIII, Partida III). La solución, una vez en vigor el art. 23 de la LH, es la misma, si el primer comprador no inscribió su título “dando así ocasion

<sup>180</sup> O lo que es lo mismo: “*acquiritur dominium traditione ex titulo habili*”.

<sup>181</sup> Exposición de Motivos de la Comisión de Códigos. *Ley Hipotecaria... Op. cit.* Pág. 18.

<sup>182</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada... Op. cit.* Pág. 566 y 567.

a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, *en virtud de la cual este hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el registro*".<sup>183</sup> En tal caso, el segundo comprador podrá hacer valer su título de propiedad contra el primer comprador. Por el contrario, si éste inscribió su título, aunque no hubiese entrado en posesión de la cosa, la propiedad de la misma quedaría para él, pues el dominio del segundo comprador, no inscrito, no puede perjudicarlo.

Si el que no era dueño de una cosa, la vendía a dos personas distintas (Ley 50, Título V, Partida V), las Partidas sólo decidían quién debía ser preferido en la posesión, diciendo que lo fuese el que primero hubiese entrado en ella. Era lógico, porque nadie puede traspasar a otro el derecho de que carece, luego el vendedor, al entregar la posesión, sólo transmitía lo que tenía, una posesión natural o civil. Quedaban a salvo los derechos del verdadero dueño. El comprador - poseedor tenía la posibilidad de usucapir y de ejercitar la acción publiciana frente a poseedores sin título o con título más débil que el suyo. Con el art. 23 de la LH, la posesión de buena fe, que tiene el comprador que ha sido puesta en ella por el vendedor no dueño (y que sin embargo figura como tal en el Registro), no se podrá hacer valer frente a un segundo comprador que inscribió su título en el Registro<sup>184</sup>. Éste será preferido, incluso frente al verdadero dueño, que no tenía inscrito su título (art. 34 LH).

Así pues, con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, el título hábil unido a la posesión, cedía ante el título inscrito otorgado por el que aparecía en el Registro como dueño; la propiedad no inscrita, aún perfectamente formada y eficaz, quedaba inoperante ante un tercero que inscribía un título sobre la misma finca, otorgado por quien el Registro publicaba como dueño (devenía una "propiedad con efectos *erga omnes* relativos"); el tercero de la Ley Hipotecaria era preferido a quien el Derecho Civil otorgaba la condición de dueño (contra lo que había sido tradicional en nuestro Derecho, fuera de los casos de usucapión); las acciones reales del propietario civil extrarregistral, quedaban automáticamente inutilizadas ante el dicho tercero; la usucapión ya no era necesaria para convalidar la falta de titularidad del

<sup>183</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...* Op. cit. Pág. 568.

<sup>184</sup> *Ibíd.* Pág. 569 y 570.

transmitente, sino que bastaba, si el transmitente aparecía como dueño en el Registro, haber inscrito.

Muchas de las alteraciones en el Derecho Civil, entonces vigente, que hemos destacado, fueron puestas de manifiesto por el diputado a Cortes ORTIZ DE ZÁRATE, en la sesión parlamentaria de 5 de enero de 1861, en el Congreso de los Diputados:

“Esto, en mi opinión, señores, es muy grave - dijo -; aquí se viene a sancionar un principio enteramente opuesto a los principios y a las acciones legales. Hasta hoy entre nosotros era un axioma que el dueño perseguía la cosa donde quiera que la encontrase, y otro axioma era que nadie podía dar lo que no tenía. Esos dos axiomas vienen abajo con esta ley; en adelante el dueño podrá perseguir la cosa como no se ponga de por medio el registro; al llegar aquí se puede volver el dueño sin lo suyo.

En lo sucesivo podrá dar uno lo que no tiene; yo poseedor de mala fe de una finca, la vendo, la regalo, hago lo que quiero, y como la registre, nadie tiene el derecho de perseguirme. Yo no sé por qué se hace esto. En tales circunstancias hay que sacrificar uno de dos intereses; hay que optar entre el tercer poseedor [léase tercero hipotecario] y el dueño de la finca. Uno de los dos ha de quedarse sin lo suyo. **¿Pues no es más justo que aquel que no tiene tanto derecho a los ojos de la moralidad, de la conciencia y de la razón, no es más justo que el que posee una cosa que ha adquirido del que no tenía derecho a dársela, se quede sin ella, que no el dueño?”**<sup>185</sup>

En lo relativo a la prelación entre hipotecas (cuya inscripción no era constitutiva)<sup>186</sup>, también el art. 23 de la LH introducía modificaciones. Mientras el Derecho de Partidas otorgaba preferencia a unas u otras, en función de la fecha del título de constitución, aplicando la regla *qui prior est tempore, potior est jure*, ahora la preferencia se determinaría por la fecha de la inscripción del título en el Registro. Por aplicación de este art. 23, la hipoteca anterior no inscrita, no se rescindiría por la posterior inscrita, sino que simplemente aquélla perdería la

<sup>185</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias* ... Tomo I, Volumen II. *Op. cit.* Pág. 262 y 263.

<sup>186</sup> Ni lo fue hasta la promulgación del Código Civil. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia* ..., *Op. cit.* Pág. 604).

prelación que el derecho de Partidas le otorgaba.<sup>187</sup> Con relación a la hipoteca, el art. 23 se entendía de este modo y no de otro, por los siguientes motivos que expuso la Comisión de Códigos:

"En el sistema de la comisión no cabe fijar un término, dentro del cual se lleven al registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando esta haya inducido á otro por error á contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios la comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningun otro de fecha anterior, por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble. [Se refiere al art. 17 de la LH]. El que deja de inscribir el contrato anterior y dá lugar á que el segundo se celebre é inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: este no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, ó minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente.

No es estensivo esto á las hipotecas: la anterior no inscrita será postergada á la que de fecha más moderna se inscribió más pronto: aquí ya no existe peligro alguno: si la finca hipotecada basta para pagar á ambos ninguno queda perjudicado; si no alcanza á tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia; si sólo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, este exclusivamente se aprovechará de la hipoteca".<sup>188</sup>

<sup>187</sup> PÉREZ PEDRERO, EDUARDO y SIDRO SURGA, JOSÉ. *Repertorio de la Legislación hipotecaria de España ó sea la Ley Hipotecaria, precedida de la exposición de motivos y fundamentos redactada por la comisión de Codificación; concordada con las leyes, reales órdenes, decretos, circulares y tratados internacionales que testualmente se incluyen para la mejor inteligencia de sus disposiciones; explicada con arreglo á los mas aceptables principios de derecho; comparada con el derecho hipotecario que deroga y modifica y con el derecho comun vigente que en gran parte altera y varía; y completada con el reglamento general, modelos para su ejecución, la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, é índices particulares y alfabéticos de todas las materias que abraza y comprende este Repertorio. Tomo I* Imprenta de Luis Palacios. Madrid, 1861. Págs., 383 y 384.

<sup>188</sup> *Ley Hipotecaria... Op. cit. Pág. 32.*

Estas serían algunas de las novedades introducidas por la Ley Hipotecaria en virtud del art. 23 de la misma (y otros artículos concordantes o derivados de aquél), las cuales dejamos meramente apuntadas sin perjuicio de incidir más adelante en ellas. Solamente nos resta insistir en que, **si bien lo inscribible no inscrito no perjudica a tercero, ni en el sistema de la Contaduría ni en el de la Ley Hipotecaria, sin embargo, allí tal afectación al tercero no se produce, porque lo no inscrito es inexistente, mientras que aquí la afectación no se produce pese a existir perfectamente formado en la realidad jurídica, el derecho que sea, lo cual, inicialmente parece que altera la naturaleza misma del derecho real.** Tengamos además presente, que tanto la alteración de los principios del Derecho Civil, que hemos señalado antes como la alteración de la naturaleza del derecho real, tuvieron por fin garantizar la seguridad de la hipoteca sobre la base de la seguridad de la propiedad, en el sentido que ya explicamos.<sup>189</sup>

### 2.3. Vicisitudes posteriores del art. 23.

La redacción del art. 23 de la Ley Hipotecaria sufrió transformaciones en 1869, 1877 y 1909. La Ley de 21 - XII - 1869, de reforma de la Ley hipotecaria de 1861, introdujo en el artículo 23 un segundo párrafo del siguiente tenor:

---

<sup>189</sup> Para NÚÑEZ LAGOS, el moderno sistema inmobiliario registral, que define como un "racionalismo hipotecario", obedeció a determinadas tendencias de política legislativa y económica, relacionadas con la implantación del liberalismo político y económico. Así se desprende de estas palabras suyas: "El desarrollo de los modernos Registros de la Propiedad es coetáneo a la implantación de las constituciones políticas. La filosofía política del siglo XVIII había creado el hombre natural - el hombre de la naturaleza - el *hombre naturalmente bueno* de los enciclopedistas, que nacía con derechos - derechos innatos - y al que había que garantizar no sólo los innatos, sino también los derechos adquiridos. Ese hombre, en el tratado de las personas, era libre y era soberano, y en el tratado de las cosas era propietario. Había que garantizarle sólidamente todo ello: en el Derecho público, con las "Declaraciones de derechos" y las "Constituciones políticas"; en el Derecho privado, con el principio de publicidad y el Registro de la Propiedad. Este hombre naturalmente bueno, sin mancha de pecado original, elimina como sujeto protegido por el ordenamiento político, al hidalgo en la aldea, al cortesano en la ciudad, al noble de abolengo en todas partes. El nuevo sujeto protegido es el ciudadano, el burgués, el *tiers*. El orden civil barre vinculaciones y mayorazgos, [en aras de la libertad de circulación de que hablaba LUZURIAGA], alcurnias y señoríos, prescripciones inmemoriales, prestaciones censales y colonatos, precarios y tenencias, y crea como sujeto civil especialmente protegido, el titular inscrito, el acreedor hipotecario, el tercero registral. Es la misma trayectoria de evolución: frente a las grandes elaboraciones históricas, racionalismo cartesiano en Filosofía, racionalismo político en Derecho público, racionalismo hipotecario en Derecho civil. Todo ello es lo subconsciente, la *infraestructura* de los modernos sistemas hipotecarios. La historia de sus antecedentes germanistas no es más que el motivo de legitimación o justificación de imperiosas tendencias de política económica y legislativa" (NÚÑEZ LAGOS. *Realidad y Registro*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo CLXXVII, 1945. Págs. 415 Y 416).

La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma.

Por ley de 17 de julio de 1877, se introdujo un tercer párrafo, que constituía una excepción al anterior y cuyo texto era el siguiente:

Exceptúanse los casos de herencia testada ó intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios.

La nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, elaborada a raíz de la Ley de reforma hipotecaria de 21 - IV - 1909, suprimió los anteriores párrafos segundo y tercero, y redactó un nuevo segundo párrafo:

La inscripción de las fincas y derechos reales, adquiridos por herencia ó legado, no surtirá efecto, en cuanto á tercero, hasta después de transcurridos dos años desde la fecha de la misma. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada ó intestada, mejora ó legado á favor de herederos forzosos.

Así pues, la ley de 21 de abril de 1909 introdujo una modificación consistente en "reducir a dos años el plazo de cinco fijado para que las inscripciones de herencia a favor de herederos voluntarios, produjesen efecto en cuanto a tercero".<sup>190</sup>

La ley de reforma hipotecaria de 1944 suprimió el primer párrafo del art. 23 y llevó el segundo párrafo al artículo 14, modificando el cómputo del plazo señalado en el mismo, en el sentido de que se iniciase no desde la fecha de la inscripción de la herencia, sino desde la fecha de la muerte del causante.

Finalmente, la LH de 1946 reintrodujo el primer párrafo del antiguo artículo 23 en el artículo 32, con una nueva redacción tomada del art. 606 del C.c.. En cuanto a la norma que se había llevado al artículo 14 de la ley de reforma, pasó a constituir un artículo independiente: el art. 28 del texto refundido vigente.

---

<sup>190</sup> MORELL Y TERRY. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Tomo 2º. Artículos 6 a 41. Hijos de Reus, Editores. Madrid, 1917. Pág. 524.

Reservamos para los Capítulos II y III, donde trataremos de las relaciones entre los artículos 23 (hoy 32) y 34 de la LH, el comentar el sentido de estas reformas, al hilo de otras cuestiones.

#### **2.4. Referencia a las opiniones doctrinales que sostienen que el art. 23 LH. 1861 (art. 32 LH. vigente), tiene su precedente histórico en la Contaduría de Hipotecas.**

Algunos autores han sostenido que el art. 23 LH. 1861, (art. 32 LH. vigente), tendría su precedente histórico en el régimen jurídico de la Contaduría de Hipotecas.

Así, por ejemplo, CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA han afirmado al respecto: "estimamos - con LACRUZ BERDEJO - que este artículo 32 es el exponente [en el Derecho español] del sistema latino de protección [registral] y *un tributo histórico a nuestro primitivo sistema de las antiguas Contadurías de Hipotecas.*"<sup>191</sup> (Cva. ntra.)

Por su parte, VILLARES PICO vio en la Pragmática de 1539 *el origen de la inscripción constitutiva respecto de tercero*, inscripción constitutiva respecto de tercero que habría sido acogida por el art. 23 LH. 1861 y que estaría presente en el art. 32 LH. vigente.<sup>192</sup>

Otros autores, al clasificar los sistemas de Registro inmobiliario, incluyen en una misma categoría a los sistemas de publicidad registral negativa, o de mera inoponibilidad de lo no transcrito (como el francés), y al antiguo sistema de las Contadurías de Hipotecas.

En esta línea, RUBIO GARRIDO afirma que las Contadurías de Hipotecas son precedente del modelo de publicidad registral negativa o francés.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. Tomo I. 2ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 1967. Págs., 266 y 267.

<sup>192</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI, Mayo 1949. N.º 252. Pág., 299.

<sup>193</sup> RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. Pág., 56.



Para SANZ FERNÁNDEZ, la Contaduría de Hipotecas y el sistema francés darían la misma respuesta en los casos de inexactitud del Registro o vida de los derechos reales *contra tabulas* (es decir, en las situaciones en las que la realidad jurídica no aparece fielmente recogida por la institución registral).

En ambos sistemas de Registro - explica - se considera como realidad jurídica única la del mundo extrarregistral, la cual ha de prevalecer siempre sobre el Registro, "el cual queda limitado a una defensa puramente negativa por vía de obstáculo puesto, a los derechos no inscritos para actuar contra los inscritos."<sup>194</sup>

Dejando para el Capítulo II la explicación de la polémica doctrinal sobre si el tercero del art. 23 LH. 1861 era un tercero propio de un sistema latino de protección o un tercero germánico, y si efectivamente en dicho precepto se acogió o no el carácter constitutivo de la inscripción respecto de tercero, queríamos destacar ahora las diferencias existentes entre el régimen jurídico de las Contadurías de Hipotecas y el sistema latino de inoponibilidad. Diferencias que impedirían considerar que el art. 23 LH. 1861, en la interpretación que del mismo hace la corriente dualista, tiene un precedente histórico en la Contaduría de Hipotecas.<sup>195</sup>

La descripción que hace SANZ FERNÁNDEZ sobre la defensa negativa que ofrece el Registro al derecho inscrito (al cual no podrá perjudicarle el derecho no inscrito), si bien es ajustada al sistema francés, no responde exactamente al sistema de la Contaduría de Hipotecas. Hay que tener en cuenta que en éste *no es preciso que el derecho, frente al cual no actúa el derecho no inscrito, esté a su vez inscrito*, diferencia fundamental que aleja considerablemente ambos sistemas.

El tercero de las Pragmáticas Reales no es un tercer adquirente inscrito (que ha logrado inscribir en primer término un derecho incompatible con otro anterior, que no le

---

<sup>194</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 291 y 292.

<sup>195</sup> Sobre cuales sean los verdaderos precedentes históricos (inmediatos, porque no los tiene remotos) del art. 23 LH. 1861, y sobre la continuidad formal entre las Contadurías de Hipotecas (tal y como quedaron configuradas tras las reformas del s. XIX) y el moderno Registro de la Propiedad, *vid.*, epígrafe I.1. y I.5 del Capítulo III.

perjudica por el hecho de la publicidad que da a su adquisición), sino que es todo tercer adquirente extrarregistral, con obligación de inscribir el acto que realiza o sin ella, ajeno al acto no inscrito y que adquiere algún derecho sobre la misma finca con posterioridad al acto sujeto a inscripción obligatoria. El tercero de las Pragmáticas Reales es cualquier posterior tercer adquirente civil. A dicho tercer adquirente no se le exige inscripción para ser protegido, ni la ausencia de fraude propia del sistema francés. *Eso sencillamente porque a lo sujeto a toma de razón y no registrado en plazo, se le priva de vida jurídica por la ley, al cabo de dicho plazo.*

Más adelante, en la misma obra que hemos citado antes, dice SANZ FERNÁNDEZ que en la Contaduría de Hipotecas la toma de razón producía el simple efecto negativo de perjudicar a tercero.<sup>196</sup>

*Ciertamente la toma de razón producía el efecto de perjudicar al tercero descrito, y contrariamente, lo no registrado no perjudicaba a tercero, pero este tercero no perjudicado, insistimos, no era un adquirente inscrito, como exige el principio de inoponibilidad, sino un tercer adquirente cualquiera, que por negocio jurídico, entrase en contacto con la finca que había sido objeto del anterior negocio jurídico no registrado.*

*Además, el no perjudicar al tercer adquirente extrarregistral descrito, lo no inscrito, obedecía a una sanción de nulidad impuesta al negocio jurídico no registrado, dada la obligatoriedad de su toma de razón, y no a una suerte de ineficacia relativa del negocio jurídico no registrado denominada inoponibilidad, como ocurre en el sistema francés para el tercer adquirente inscrito; ni tampoco obedecía al carácter constitutivo de la eficacia erga omnes del derecho real atribuido a la inscripción.*

Finalmente, cabe señalar que, si bien en los sistemas de transcripción la inscripción es obligatoria, tal inscripción obligatoria puede ser calificada de *sui generis*, y distinta de la toma de razón prescrita por la Pragmática de 1768, pues el derecho sujeto a transcripción y no transcrito, *puede tener vida extrarregistral*. En cambio, como ya hemos explicado, el derecho

---

196SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones ...*, Tomo I. *Op. cit.*, Pág., 294.

sujeto a toma de razón y no registrado en plazo, carece de vida jurídica en el sistema de la Contaduría de Hipotecas.

Estas diferencias son lo suficientemente importantes como para no poder clasificar conjuntamente el sistema francés y el sistema de nuestras añejas Contadurías de Hipotecas, en lo relativo a los efectos de la inscripción sobre las transmisiones inmobiliarias.

Quedaría así descartado que el hipotético tercero latino del art. 23 LH. 1861, tuviese su fuente de inspiración legislativa en un precedente de nuestro Derecho Histórico.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LAS TESIS DUALISTA Y MONISTA EN TORNO AL TERCERO DEL ART. 32 DE LA LEY HIPOTECARIA.**

SUMARIO. I. LA POLÉMICA SOBRE EL TERCERO DEL ART. 32 DE LA LEY HIPOTECARIA. SU APARICIÓN TRAS LA REFORMA DE 1944 - 46. MONISTAS Y DUALISTAS. PRINCIPALES REPERCUSIONES DEL SOSTENIMIENTO DE LAS TESIS DE LA UNIDAD O DE LA DUALIDAD DE TERCEROS HIPOTECARIOS.- II. LOS CREADORES DE LA TESIS DUALISTA: MANUEL VILLARES PICO y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS.- 1. La construcción de MANUEL VILLARES PICO. Comentarios de la doctrina científica.- 2. La construcción de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. Comentarios de la doctrina científica.- III. EXPOSICIÓN COMENTADA DE LA TESIS DUALISTA TAL Y COMO LA FORMULA EN LA ACTUALIDAD SU PRINCIPAL ADALID, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. - 1. Presentación preliminar. - 2. El argumento histórico como base de la tesis dualista. - 3. El principio de inoponibilidad formulado en el art. 32 de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes. El tercero hipotecario del art. 32. Aplicación del principio de inoponibilidad al caso de doble venta. - 4. Fundamento e ideas motrices del art. 32 LH. - 5. El problema de los requisitos que ha de reunir el tercero del art. 32 LH. para ser preferido frente al titular no inscrito. - 5.1. La propia inscripción por el tercero de su título. - 5.2. El título del tercero ha de ser un título válido. - 5.3. No es exigible el requisito de la previa inscripción del transmitente o constituyente del derecho. - 5.4. El art. 32 LH no exige que la adquisición del tercero sea a título oneroso. - 5.5. Exigencia de buena fe al tercero del art. 32 LH. - 6. Excepciones al principio de inoponibilidad por vía de suspensión de efectos. - 7. Apoyo jurisprudencial.- IV. OTRAS INTERPRETACIONES DUALISTAS DEL ART. 32 LH.. - 1. El particular y matizado dualismo de GARCÍA - BERNARDO LANDETA. - 2. El proteico concepto de tercero de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. - V. EXPOSICIÓN COMENTADA DE LA TESIS MONISTA TAL Y COMO HA SIDO

DEFENDIDA POR ROCA SASTRE Y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. - 1. Presentación preliminar. - 2. El argumento histórico justifica la tesis monista. - 3. El art. 32 de la Ley Hipotecaria, una aplicación del principio de fe pública registral. - 4. El tercero del art. 32 de la Ley Hipotecaria. Requisitos para su protección frente a títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén inscritos. - 4.1. En especial, el requisito de haber adquirido de quien en el Registro aparece con facultad para transmitir. - 5. Protección dispensada al tercero por el art. 32 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 34 de la misma. - 6. La suspensión de la fe pública en los casos de los artículos 28 y 207 LH., en relación con la falta de inscripción de títulos de dominio o de otros derechos reales. - 6.1. La suspensión del art. 28 LH.. - 6.2. La suspensión del art. 207 LH.. - 7. Interpretación del art. 1473.2 CC. desde la perspectiva monista de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. - 8. Apoyo jurisprudencial. - 9. Argumentos de Derecho Comparado. - 9.1. La norma del art. 32 LH. no es exclusiva de los sistemas de transcripción, sino que también existe en los sistemas de fe pública registral como el alemán o el suizo, por lo que no hay razón de necesidad para, en un sistema de fe pública como es el español, dar al art. 32 LH. una interpretación inspirada en el principio latino de inoponibilidad.- 8.2. El automatismo en el funcionamiento del Registro, propio de los sistemas latinos y producto de la no consideración de la buena fe como requisito imprescindible para obtener la protección registral, no puede considerarse como un progreso deseable. - 8.3. Los sistemas de transcripción responden a características institucionales distintas de las que informan el sistema inmobiliario registral español, por lo que el art. 32 LH. no puede ser interpretado en un sentido de inoponibilidad respecto de tercero, propio de aquellos sistemas. - VI. OTRAS OPINIONES MONISTAS O UNITARIAS SOBRE EL TERCERO HIPOTECARIO CONTEMPLADO POR LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 LH.. 1. El monismo ecléctico de COSSIO Y CORRAL, DE LA RICA Y MARITORENA y VALPUESTA FERNÁNDEZ. - 1.1 El monismo ecléctico de COSSIO Y CORRAL. - 1.2. El monismo ecléctico de DE LA RICA Y MARITORENA. - 1.3. El monismo ecléctico de VALPUESTA FERNÁNDEZ.- 2. El monismo puro de SANZ FERNÁNDEZ. - 3. Postura monista que da una mayor importancia al art. 32 que al art. 34 en relación al principio de fe pública registral y en cuanto a la producción de adquisiciones *a non domino* por su aplicación. - 4. El monismo ambiguo de URIARTE BERASÁTEGUI. VII. RECAPITULACIÓN.

## **I. LA POLÉMICA SOBRE EL TERCERO DEL ART. 32 DE LA LEY HIPOTECARIA. SU APARICIÓN TRAS LA REFORMA DE 1944 - 46. MONISTAS Y DUALISTAS. PRINCIPALES REPERCUSIONES DEL SOSTENIMIENTO DE LAS TESIS DE LA UNIDAD O DE LA DUALIDAD DE TERCEROS HIPOTECARIOS.**

Ya vimos en el Capítulo Primero como el art. 23 de la Ley Hipotecaria, en el que se regulaban los efectos de la falta de inscripción de los títulos de transmisión y constitución de derechos reales en el moderno Registro de la Propiedad, había sufrido históricamente diversas modificaciones hasta llegar a desaparecer en la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, y volver a ser incorporado en 1946, en el Texto Refundido vigente, como artículo 32. He aquí la redacción actual del primigenio artículo 23 LH.:

*"Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero".*

Teniendo presentes los textos de GÓMEZ DE LA SERNA (uno de los autores de la LH. de 1861,<sup>1</sup> redactor de su Exposición de Motivos y, por lo tanto, su más autorizado comentarista, en principio) que hemos transcrito antes, glosando el primitivo art. 23 LH., equivalente al actual art. 32, *parece que no suscitaría problema alguno la afirmación de quién fuese el tercero contemplado en aquel y en este precepto.* El tercero de que hablaba la Ley Hipotecaria de 1861 en su art. 23, era el adquirente de un derecho real (dominio u otro derecho real limitado), *de la persona que figuraba en el Registro como propietario o titular del mismo*, y que inscribía su adquisición, desconociendo, como se afirmaba en la Exposición de Motivos, que su transmitente (titular registral) hubiese efectuado con anterioridad una enajenación del mismo derecho adquirido por él o que hubiese constituido un gravamen anterior sobre el dicho derecho adquirido. O bien, desconociendo que existiese un tercero

---

<sup>1</sup> En la Memoria Histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación se dice que en la redacción de la LH. 1861 Cárdenas actuó como ponente, discutiéndose luego los textos propuestos en el seno de la Comisión.

extrarregistral de mejor derecho que su transmitente - titular registral, (un *verus dominus* cuyo derecho no accedió al Registro). *Es decir, el tercero de que hablaba la ley en el art. 23 era un tercero común con el del art. 34.* Tal fue, como veremos luego, *el sentir doctrinal general* hasta publicarse el Texto Refundido de 1946.

Es cierto que la doctrina científica, a propósito de la definición de tercero que hacía la Ley Hipotecaria de 1861 en el art. 27 <sup>2</sup> (definición que desapareció con la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944), se había planteado multitud de cuestiones en torno a dicha definición, como, por ejemplo, si podían tener la *cualidad* de terceros el Notario y los testigos que intervinieron en un acto o contrato inscritos, los herederos de las partes contratantes, los herederos del Notario y de los testigos; qué alcance debía darse a las expresiones "intervenir" y "acto o contrato inscrito", etc.. Igualmente "se señalaban los innúmeros casos en que la ley hablaba de terceros a quienes no podía comprenderse en tal definición".<sup>3</sup> Pero, *en general*, en cuanto a los *requisitos para ser protegido* frente a títulos no inscritos, las posibles dudas se habían resuelto entendiendo que el tercero de que hacía mención el art. 23 LH. era una persona que había inscrito un derecho, adquiriéndolo de persona que en el Registro aparecía como dueño o titular.<sup>4</sup>

Así, CALDERÓN NEIRA, pudo decir: " Si se nos pregunta lo que es tercero según nuestra Ley Hipotecaria, no será posible contestar a esa pregunta, porque emplea esa palabra sin criterio alguno, y refiriéndose a personas cuya función jurídica es esencialmente diversa; pero si se nos pregunta *cómo debiera definirse el tercero*, o lo que es lo mismo, *quién goza de las ventajas que la Ley Hipotecaria concede*, contestaremos que ... el tercero debiera definirse como << el que ha inscrito un derecho real, habiendo adquirido de persona que en el Registro aparecía con derecho a transmitir >>. A continuación debería expresarse la excepción en éstas o parecidas palabras: << Las

<sup>2</sup> Art. 27 LH. 1861, 1869 y 1909: "Para los efectos de esta ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito".

<sup>3</sup> DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Lecciones de Derecho Hipotecario. (La ley de 30 de diciembre de 1944)*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1945. Págs., 123 y 124.

<sup>4</sup> *Cfr.: Op. cit..*

partes y sus herederos no podrán alegar la condición de terceros para eludir los efectos que entre sí debe surtir el acto o contrato con arreglo a la legislación común ".<sup>5</sup>

A raíz de la publicación del Texto Refundido de 1946, y pese a que la Ley de Reforma de 1944 había manifestado en su Exposición de Motivos que tenía voluntad de difuminar las dudas suscitadas por una exagerada exégesis sobre el valor conceptual de tercero, precisando dicho concepto en el artículo 34,<sup>6</sup> es decir, entendiendo por tal al causahabiente de un titular

<sup>5</sup> Citado por DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. 2ª Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956. Pág., 216.

<sup>6</sup> La reforma de la Ley Hipotecaria de 1944 - dijo DE LA RICA Y ARENAL - suprime la definición de tercero del art. 27, *que tan exagerada exégesis había motivado*, pero conserva el concepto en el art. 34, mejorándolo. (DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944*. RCDI, 1945. El texto se recoge en el Tomo III de *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, citado, de donde lo tomamos. Págs. XVII y XVIII.)

De la exagerada exégesis que suscitó el art. 27 LH. 1861, 1869 y 1909 y el concepto de tercero hipotecario se suele citar como muestra los siguientes trabajos. Además pueden verse los correspondientes capítulos sobre el tema en las obras generales de Derecho Hipotecario anteriores a la Ley de reforma de 1944:

BONET RAMÓN, FRANCISCO. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. CIVIL. II. Derecho de cosas*. RDP., Septiembre 1941. Nº 295. Págs., 404 a 408. CASADO PALLARÉS. *El tercero en nuestro sistema hipotecario*. Anales de la Universidad de Valencia, 1925 - 1926. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española*. [Reseña bibliográfica de la obra "La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española", de Ana María Le Pelley.] RCDI., Enero 1932. Nº 85. Págs., 75 a 78. LACAL, PASCUAL. *Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema*. RCDI., Febrero 1931. Nº 74. Págs., 107 a 112. LÓPEZ DE HARO Y PUGA, RAFAEL. *Otra definición del tercero hipotecario*. RCDI., Agosto 1940. Nº 147. Págs., 447 a 449. REDACCIÓN DE LA REVISTA. *Observaciones* [al artículo de RAFAEL LÓPEZ DE HARO Y PUGA, "Otra definición del tercero hipotecario"]. RCDI., Agosto 1940. Nº 147. Págs., 450 a 457. MARÍN MONROY, ANTONIO. *Algunas consideraciones sobre nuestra Ley Hipotecaria y el tercero*. RCDI., Diciembre 1940. Nº 151. Págs., 694 a 709. MORELL Y TERRY. *Tercero en la Ley Hipotecaria*. RGLJ., 1921. Tomo 139. Págs., 11 a 49. PÉREZ ARDA, ENRIQUE. *El verdadero tercero de la Ley Hipotecaria*. RGLJ., 1909. Tomo 115 - 116. Págs., 452 a 461. SALDAÑA, JESÚS. *El tercero hipotecario*. RCDI., Mayo 1931. Nº 77. Págs., 328 a 338. URIARTE BERAATEGUI. *Inexistencia del tercero hipotecario*. RCDI.. Nº 80, 1931, Págs., 561 a 576; Nº 81, 1931, Págs., 641 a 645; Nº 82, 1931, Págs., 755 a 770; Nº 84, 1931, Págs., 888 a 898; Nº 85, 1932, Págs., 1 a 11.

Tras la reforma de 1944 - 46 el tercero ha continuado siendo el "leit motiv", como dice MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ, de una gran parte de los estudios hipotecarios "pues se trata de un << algo >> excepcional y privilegiado y, en consecuencia, digno de la mayor atención, pues, como es obvio, para su provecho se llegará a << torcer las normas del Derecho civil común >>". (MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. Nº 603. Págs., 593 y 594.) Entre estos estudios hipotecarios más recientes sobre el tercero cabe destacar:

BALLESTER GINER, ELADIO. *El primero y el tercero*. RGD., Enero - Febrero 1982. Nº 448 - 449. Págs., 13 a 24. DUALDE, J. *Todavía sobre el concepto de tercero*. RDP., Mayo 1947. Nº 362. Págs., 341 a 356. GARCÍA HERGUEDAS, MARÍA PURIFICACIÓN y GARCÍA ARANDA, CALIXTO. *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho*. RCDI., Mayo - Junio 1975. Nº 508. Págs., 591 a 626. GARCÍA HERGUEDAS, MARÍA PURIFICACIÓN y GARCÍA ARANDA, CALIXTO. *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho. (Continuación)*. RCDI., Noviembre - Diciembre 1978. Nº 529. Págs., 1105 a 1148. GARCÍA MONGE Y MARTÍN. *El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación*. RDP., Octubre 1965. Tomo XLIX. Págs., 873 a 878. LLAGARIA VIDAL, EDUARDO. *El tercero hipotecario protegido*. Lunes 4.30. Año 5; Nº 110; 1ª



registral por vía onerosa, lo cierto es que desde entonces, (e incluso antes, desde 1945), surgieron voces defendiendo la existencia, *desde los orígenes de la LH*, de un tercero en el art. 23 (hoy 32) *distinto del tercero del art. 34*; un tercero al que *no le era preciso adquirir de un titular registral anterior para ser protegido frente a los títulos de dominio o de otros derechos reales en cosa ajena, no inscritos*.<sup>7</sup> Dicha corriente, por el hecho de ver dos terceros distintos dentro de la Ley Hipotecaria (el del art. 34 y el autónomo del art. 32) ha venido siendo conocida como dualismo hipotecario, recibiendo, por el contrario, el nombre de monistas, los que han sostenido la existencia de un mismo tercero en ambos preceptos. El motivo de disparidad fundamental entre ambas corrientes doctrinales, como se desprende de lo que hemos dicho antes, lo constituyó (y constituye) el requisito de adquirir de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir.<sup>8</sup> Como ha dicho PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, "... *esta es la cuestión fundamental. ¿Realmente supone nuestra Ley Hipotecaria que pueda ser protegido el tercero sin haber adquirido de titular registral?*"<sup>9</sup> (Cva. y negr. ntras.).

El optimismo de SANZ FERNÁNDEZ, que le llevó a afirmar que las Leyes Hipotecarias de 1944 y 1946 habían simplificado notablemente la cuestión (al suprimir el impreciso art. 27) "en términos *que es de esperar que queden terminadas las dudas y perplejidades que con anterioridad suscitó el concepto de tercero*"<sup>10</sup> [cva. y negr. ntras.], debió quedar rápidamente truncado ante la novedosa polémica suscitada sobre la no unidad del sujeto protegido por la institución registral.<sup>11</sup>

---

quincena octubre 1992. Págs., 21 a 43. URIARTE. BERAÁTEGUI, JOSÉ. *La nueva Ley Hipotecaria y el tercero*. RCDI, Julio 1946. Nº 218, Págs., 451 a 459; Agosto - Septiembre 1946. Nº 219 - 220. Págs., 554 a 566.; Noviembre 1946. Nº 222. Págs., 679 a 694. VENTURA - TRAVESET GONZÁLEZ, ANTONIO. *El tercero ante la Ley de 30 de diciembre de 1944*. RCDI., Julio - Agosto 1945. Nº 206 - 207. Págs., 495 a 502.

<sup>7</sup> GORDILLO CAÑAS también considera que la polémica entre las tesis monista y dualista surge en torno a la reforma hipotecaria de los años cuarenta. (GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario?. Hablen los autores del sistema*. Libro - Homenaje a Díez - Picazo. Pág., 3889).

<sup>8</sup> PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Tomo II. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Pág., 599.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág. 417.

<sup>11</sup> "Prescindiendo de otros criterios pluralistas del concepto de tercero, [mejor, diríamos, del sujeto protegido por el Registro] que se han producido en nuestra doctrina científica, el punto de vista no unitario más importante es el seguido por aquel sector doctrinal que defiende lo que cabe calificar de << tesis dualista >>." (PUIG SALELLAS, JOSE MARÍA. *La publicidad inmobiliaria*. XI Congreso Internacional del Notariado

La nueva corriente surge al plantearse la eficacia ofensiva, en terminología de LACRUZ BERDEJO, del asiento de inmatriculación.<sup>12</sup> Salvo los conatos dualistas de MORELL, que veremos más adelante,<sup>13</sup> y de DÍAZ MORENO,<sup>14</sup> (ROCA SASTRE habla de los conatos de dualismo de CAMPUZANO Y HORMA, pero nosotros, sobre la base de los textos de este autor que hemos leído, no lo consideramos dualista<sup>15</sup>), el primero en plantear seriamente la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación fue JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.<sup>16 17</sup>

Latino. Atenas, 1971. En: JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES. *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos internacionales del Notariado latino*. Tomo III. Gráficas Cóndor, S.A.. Madrid, 1975. Pág., 539).

<sup>12</sup> Por eficacia ofensiva de la inscripción entiende LACRUZ, el valor de la inscripción, no para la defensa por el titular inscrito, de una titularidad que anteriormente tenía, sino el **valor de la inscripción para atribuir a quien inscribe una titularidad firme e inatacable, cuando la adquirida por él no debería tener tales caracteres por haber adquirido de quien no era dueño o lo es con título claudicante**. (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. Jose Maria Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Pág., 161).

<sup>13</sup> Cfr.: Capítulo IV, epígrafe II.8.

<sup>14</sup> GARCÍA GARCÍA ve conatos de dualismo en DÍAZ MORENO. Creemos que GARCÍA GARCÍA tiene razón sobre la base del texto que cita (DÍAZ MORENO *Legislación hipotecaria*. 2ª Edición. Madrid, 1907. Pág., 286). Nosotros hemos consultado la 1ª Edición de la obra, de 1897 (Cfr.: DÍAZ MORENO, D.E.. *Estudios elementales y cuestiones prácticas de legislación hipotecaria expuestos con sujeción al programa publicado en la << gaceta >> de 4 de diciembre de 1896, que se redactó para el primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes a registradores de la propiedad*. 2 Tomos. Romero, Impresor. Madrid, 1897. Págs., 287 a 299 y 313 a 319) y la impresión que genera en el lector, en cuanto a quién sea el tercero protegido por la Ley Hipotecaria, es un tanto confusa.

También MONSERRAT VALERO cita como dualista a DÍAZ MORENO trayendo a colación el siguiente texto localizado en la misma obra y página que menciona GARCÍA GARCÍA: << sobre el dominio inscrito se puede contratar con seguridad perfecta, porque es irrevocable en la persona del inscribiente, tenga o no la posesión de la cosa, en cuanto que otra transferencia anterior o posterior ... no inscrita ... a él, que es tercero ... no le puede perjudicar. A la vez el que adquiere después el referido dominio, igualmente tercero, como adquiere de quien es dueño, según el Registro, puede inscribir, y si lo hace, es inmune ... >>. "En la segunda frase - comenta MONSERRAT VALERO - está claro que se refiere al adquirente del titular registral, por lo que en la primera se ha de referir al que inmatricula (inscribiente), [en cuyo caso sería dualista] aunque el comienzo del razonamiento (sobre el dominio inscrito) pudiera dar a entender que se refiere sólo a las fincas ya inmatriculadas". (MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Pág., 511, nota 27.)

<sup>15</sup> Cfr.: Capítulo IV, epígrafe II.8.

<sup>16</sup> CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I. 4ª Edición actualizada. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid, 2000. Págs., 251 a 253.

<sup>17</sup> Quizás también pueda citarse como conato de pluralismo en torno al concepto de tercero hipotecario, la obra de JUAN MON PASCUAL, que cita CAMPUZANO Y HORMA. En "*Los conceptos de tercero en el Derecho hipotecario*", Barcelona, 1924, MON PASCUAL defendió la existencia de tres terceros en la Ley Hipotecaria: Un tercero de "tránsito entre el derecho civil y el hipotecario", que sería "el sujeto de derecho que teniendo algún vínculo de interés potencial o efectivo con el acto o contrato inscrito, no ha intervenido directa o formalmente en el mismo", *ni ha hecho constar en el Registro su derecho, pero goza de la protección del art. 17, por haber adquirido de un titular registral, ya que ninguna de las cargas anteriores a la fecha del último asiento de la finca que le fue transmitida puede perjudicarle. Respecto a las cargas posteriores a dicha fecha, sólo le perjudicarán las que lleguen a inscribirse*. Un tercero de "protección imperfecta", el del art. 23. Un tercero de

Este autor sostuvo que el asiento de inmatriculación, practicado en virtud de título público de adquisición, produce, aún antes de pasar los dos años de suspensión del asiento, antes prevista en el art. 347, último párrafo, de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944,<sup>18</sup> una serie de efectos, entre ellos, los efectos del art. 1473.2 CC., es decir, la adquisición de la propiedad de la finca doblemente enajenada, por el inmatriculante (primero en inscribir).

ALONSO FERNÁNDEZ consideraba que el art. 347, último párrafo, de la Ley de Reforma de 1944 no era exacto, porque los asientos de inmatriculación, antes de haber transcurrido dos años desde su fecha, producían, en su opinión, una serie de efectos contra tercero: los del artículo 17, 24 (hoy 38) y 41 de la Ley de Reforma; *los del art. 1473.2 CC., que declara pertenecer la finca, en caso de doble venta, al adquirente que antes la haya inscrito*, y, finalmente, el efecto de perjudicar a los terceros que hubieran adquirido derechos con posterioridad a la fecha del asiento de inmatriculación. Todos estos efectos entendía que se daban, además, en favor del tercero hipotecario, antes de los dos años, al igual que se daban en favor del inmatriculante.<sup>19</sup>

Es de notar, pues, que la tesis de la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación está relacionada con una particular interpretación del art. 1473.2 del CC., que lo alejaría de la órbita del art. 34 LH.

También defendieron la eficacia ofensiva de la inscripción de inmatriculación VILLARES PICO, MOLINA RAVELLO y DEL HOYO. "Su argumento principal - dice LACRUZ BERDEJO - es el art. 1473 CC., que, en efecto, no exige la previa inscripción y protege simplemente al comprador que primero llega al Registro con su derecho".<sup>20</sup> Por tal motivo dice MONSERRAT VALERO que "... si el art. 34.1 incluyese la doble venta (el transmitente ya no es propietario por haber transferido la propiedad con anterioridad a

---

*protección perfecta*, el del art. 34, amparado contra acciones rescisorias y resolutorias que no resulten claramente del Registro. (CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. *Elementos de Derecho Hipotecario*. Tomo I. 2ª Edición, reformada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931. Pág. 389, nota 1).

<sup>18</sup> Art. 347, último párrafo: "Las inscripciones de inmatriculación no surtirán efecto contra terceros adquirentes hasta transcurridos dos años a partir de su fecha".

<sup>19</sup> ALONSO FERNÁNDEZ, JOSÉ. *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*. RCDI, 1945. Nº 204. Págs., 315 y 316.

<sup>20</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Págs., 261 y 262.

un primer comprador), *la tesis monista sería ' inevitable ' "*. Pero que, al parecer que sólo incluye el supuesto "de que el transmitente no sea el propietario por haber un vicio en su adquisición", (ya que dice que "al adquirente no le afecta que se anule o resuelva el derecho del otorgante, y el derecho de un propietario, al vender, no se ve resuelto o anulado, sino transferido"), " ... no es descabellado mantener que el tercero del art. 32 LH. [y 1473.2 CC.] no ha de reunir, en principio, los requisitos del art. 34, pues la Ley no lo exige [ni tampoco el Código Civil], a no ser que demos demos que el silencio del art. 32 [y 1473.2 CC.] no significa que en la doble venta el tercero protegido por el Registro no ha de reunir tales requisitos; es decir, *la carga de la prueba correspondería a la tesis monista.*" <sup>21</sup> (Cva. y negr. ntras.).

A pesar de lo dicho sobre ALONSO FERNÁNDEZ, se considera que los creadores del dualismo hipotecario fueron RAFAEL NÚÑEZ LAGOS y MANUEL VILLARES PICO,<sup>22</sup> cuyas tesis, en mayor o menor medida, han sido seguidas o desarrolladas, por otros autores. Se suele citar como dualistas a MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA, BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ - CAÑETE, CANALS, TIRSO CARRETERO GARCÍA, JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, LUIS DÍEZ - PICAZO, ALFREDO GARCÍA - BERNARDO LANDETA, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, ANTONIO GORDILLO CAÑAS, FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO DEL HOYO, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, LUIS MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ, ARTURO MERINO GUTIÉRREZ, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL y PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS. También son dualistas JOSÉ TOMÁS BERNAL - QUIRÓS CASCIARO; JOSÉ ERNESTO GARCÍA TREVIJANO; JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR; JAVIER M. NAVARRO GONZÁLEZ; IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA; LINO RODRÍGUEZ OTERO; GREGORIO F. RODRÍGUEZ - ACOSTA GÓMEZ; JUAN PABLO RUANO BORRELLA y JUAN SARMIENTO RAMOS.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Págs., 515 y 516.

<sup>22</sup> *Ibidem*. Pág., 511.

<sup>23</sup> Suele citarse, asimismo, la siguiente bibliografía de estos autores, que pasamos a ordenar cronológicamente:

ALONSO FERNÁNDEZ, JOSÉ. *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*. RCDI., Mayo 1945. N.º 204. Págs., 305 a 317. VILLARES PICO, MANUEL. *La posesión y el Registro*. RCDI., Julio - Agosto 1947. N.º 230 -231. Págs., 409 a 448. NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro de la Propiedad Español*. RCDI., Marzo 1949. N.º 250, Págs., 137 a 171. RCDI., Abril 1949. N.º 251, Págs., 217 a 257. VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*.

RCDI, Mayo 1949. N.º 252. Págs., 289 a 317. BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO. *Vida jurídica. Comentario a la conferencia de NÚÑEZ LAGOS "El Registro de la Propiedad español"*. ADC., Julio - Septiembre 1949. Págs., 676 a 686. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, MANUEL. *Sentencias anotadas. Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia 26 febrero 1949*. ADC., Julio - Septiembre, 1949. Págs., 1231 a 1244. DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *La buena fe y la publicidad del Registro*. RCDI., Septiembre 1949. N.º 256. Págs., 537 a 562. DEL HOYO, FRANCISCO. *Otra vez el concepto de tercero*. RCDI., Septiembre 1949. N.º 256. Págs., 563 a 574. GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *¿Inscripción declarativa o constitutiva?*. RCDI., Diciembre 1949. N.º 259. Págs., 787 a 793. NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*. RGLJ., 1950. Págs., 563 a 589. CÁNOVAS COUTIÑO, GINÉS. *Los principios hipotecarios en la Ley de 1861. Conferencia pronunciada por Villares Pico el 29 de marzo de 1952 en el Centro de Estudios Hipotecarios. Recensión*. RCDI., junio 1952. N.º 289. Págs., 466 a 477. GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*. RCDI., Julio - Agosto 1952. N.º 290 - 291. Págs., 558 a 580. NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. I. E. Reus. Madrid, 1953. NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Fe pública especial*. RDN., Abril - Junio 1958. Págs., 7 a 63. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. (Vid.: Págs., 243 a 248; 250 a 252; 255 a 257; 261 a 263; 274 y 275). VILLARES PICO, MANUEL. *La Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., 1960. Págs., 1947 y ss.. VILLARES PICO, MANUEL. *Recordemos en este Centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo*. RCDI., Septiembre - Octubre 1961. N.º 400 - 401. Págs., 910 a 936. NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*. RDN., Julio - Diciembre 1962. N.º 37 - 38. Págs., 103 a 140. DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976. Págs., 633 a 680. CARRETERO GARCÍA, TIRSO. *Retornos al Código Civil. Capítulo II. Retorno al art. 606*. RCDI., enero - febrero, 1965. N.º 440 - 441. Págs., 75 a 138. NÚÑEZ LAGOS. *La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad*. Revista Notarial, órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos - Aires, Mayo - Junio, 1965. Págs., 611 y ss. NÚÑEZ LAGOS. *La evolución del principio de publicidad*. AAMN., 1965. Págs., 55 a 113. VILLARES PICO, MANUEL. *La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción*. RCDI., marzo - abril 1966. N.º 453. Págs., 363 a 378. GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *En torno a la polémica Carretero - Roca*. RCDI., Marzo - Abril, 1966. N.º 453. Págs., 379 a 395. AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL. *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*. Balaños y Aguilar. Madrid, 1967. (Es tirada aparte de la RCDI., Vol. 463). CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. Tomo I. 2ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 1967. (Cfr.: Págs., 266 y 267) GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales o internos*. RCDI., Noviembre - Diciembre 1968. N.º 469. Págs., 1493 a 1533. HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Hipotecario*. 2ª Edición, aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970. (Cfr.: Págs., 167 y 168). CARRETERO GARCÍA, TIRSO. *Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado*. RCDI., Enero - Febrero 1974. N.º 500. Págs., 31 a 46. DIEZ - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Las relaciones jurídico - reales. El Registro de la Propiedad. La posesión. Editorial Tecnos, S. A.. Madrid, 1978. (Cfr.: Págs., 374 a 377 y 390 a 397). GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública*, en "Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. (Cfr.: Págs., 161 a 193 y 209 a 213). GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo I. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988. SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. N.º 593. Págs., 1203 a 1211. GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, JUAN LUIS. *El principio de inoponibilidad (Artículo 606)*. En: "Centenario de la Ley de Bases del Código Civil. (Ciclo de Conferencias)". Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989. Págs., 103 a 116. AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL. *Comentario al art. 606 CC.. En: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*.

Frente a las posiciones dualistas, han defendido la unicidad del concepto de tercero hipotecario en los artículos 23 LH. (hoy 32) y 34 LH., numerosos autores desde antiguo (dado que esta posición es la que puede denominarse "clásica" dentro del mundo del Derecho Hipotecario). Suele citarse, sin embargo, a MANUEL ALBALADEJO, ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, MARIANO HERMIDA LINARES, FRANCISCO JORDANO FRAGA, LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ BURNIOL, ANTONIO PAU PEDRÓN, MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, JOSÉ PUIG BRUTAU, JOSÉ MARÍA PUIG SALELLAS, RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, LUIS ROCA - SASTRE MUNCUNILL, TOMÁS RUBIO GARRIDO<sup>24</sup>, ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO y VALPUESTA FERNÁNDEZ.

---

*Dirigidos por Manuel Albaladejo.* Tomo VII, Vol. 2º. Artículos 530 a 608. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1990. MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. Nº 603. Págs., 575 a 648. (Vid.: Págs., 601 a 605, especialmente). GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993. MERINO GUTIÉRREZ, ARTURO. *El tercero hipotecario y la anotación de embargo*. ADC., enero - marzo 1994. Págs., 91 a 120. GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario - Registrales: Sistema español*. ADC., Abril - Junio 1995. Págs., 527 a 694. (Cfr.: Págs., 590 a 595). Díez - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. Las relaciones jurídico - reales. El Registro de la Propiedad. La posesión. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1995. (Cfr.: Págs., 453 a 457 y 471 a 478.) VILLARES PICO, MANUEL. *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español*. Palencia, sin año.

También cabe citar los siguientes trabajos: BERNAL - QUIRÓS CASCIARO, JOSÉ TOMÁS; DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, IGNACIO; GARCÍA TREVIANO, JOSÉ ERNESTO; GÓMEZ VALLEDOR, JOSÉ MARÍA; NAVARRO GONZÁLEZ, JAVIER M.; RODRÍGUEZ - ACOSTA GÓMEZ, GREGORIO F.; RUANO BORRELLA, JUAN PABLO y SARMIENTO RAMOS, JUAN. *La inexactitud registral. Sus causas. Medios de rectificación*. En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 559 a 619. (Cfr.: Págs., 568, 569 y 579). CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, Noviembre - Diciembre 1994. N.º 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Págs., 2213 a 2237. RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva*. RCDI, Julio - Agosto 1996. N.º 635. Págs. 1539 a 1584. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario a los artículos 32, 33 y 34 LH*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I. 4ª Edición actualizada. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid, 2000. (Pueden verse también las ediciones de 1981 - 1982; 1989 y 1994). GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario?. Hablen los autores del sistema*. Libro - Homenaje a Díez - Picazo. Págs., 3887 a 3916.

<sup>24</sup> RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. (Cfr.: Págs., 91 a 96. El autor, si bien relaciona en dichas páginas los arts. 1473.2º CC. y 32 LH. con el art. 34 LH., desvincula el art. 32 LH. de la fe pública registral en las págs., 96 y 97 y 205, nota 448, reconociendo a dicho precepto, y siguiendo en ello a JORDANO FRAGA, un ámbito autónomo de aplicación. Admite que del art. 32 LH. se derivan ciertos efectos protectores aunque nunca una adquisición a non domino. En nuestra opinión, los efectos que dice derivan del art. 32 LH., realmente derivan de otros preceptos de la LH. y no del art. 32).

También cabe citar como monistas a EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG, ANTONIO MONSERRAT VALERO, XAVIER O'CALLAGHAN<sup>25</sup>, PETIT SEGURA y JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI.<sup>26</sup> Autor al que se enmarca

<sup>25</sup> Dice este autor que "un solo tercero, el tercero adquirente, tercero hipotecario, tiene una sola protección en la Ley Hipotecaria (*tesis monista*) que es expresada, en distinta forma y distinto grado, por los artículos 32 y 34..." (O'CALLAGHAN, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Derechos reales e hipotecario. 4ª Edición. Editorial de Derecho Reunidas, S.A.. Madrid, 2002. Pág., 423).

<sup>26</sup> Suele igualmente citarse la siguiente bibliografía de estos autores, que pasamos a ordenar cronológicamente:

SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Principio de publicidad*. En *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1948. Págs. 377 a 396. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B. *Aclarando posiciones. (En torno al ámbito de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria)*. RCDI., 1950. N.º 266 - 267. Págs., 514 a 518. HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad*. RCDI., Septiembre 1951. N.º 280, Págs., 641 a 660 y RCDI., Octubre 1951. N.º 281, Págs., 721 a 738. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ. *Apuntes de Derecho Hipotecario*. Madrid, 1953. DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. 2ª Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*. RDP., XXXI, diciembre 1957. Págs., 391 y ss.. (Este artículo se recogió posteriormente en: VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas*. I. Temas generales. 2ª Edición ampliada. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1985. Págs., 403 a 469). ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., Septiembre - Octubre 1962. N.º 412 - 413. Págs., 585 a 604. ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*. RCDI., Julio - Agosto 1965. N.º 446 - 447. Págs. 781 a 829. HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI., Noviembre - Diciembre 1966. N.º 457. Págs., 1401 a 1507. HERMIDA LINARES, MARIANO. *Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario*. RCDI., Septiembre - Octubre 1969. N.º 474. Págs., 1177 a 1224. DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., mayo - junio, 1970. N.º 478. Págs. 703 a 730. PUIG SALELLAS, JOSE MARÍA. *La publicidad inmobiliaria*. XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971. En: JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES. *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos internacionales del Notariado latino*. Tomo III. Gráficas Cóndor, S.A.. Madrid, 1975. (Cfr.: Págs., 539 a 452). HERMIDA LINARES, MARIANO. *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1973. ALBALADEJO, MANUEL. *Pluralidad de ventas de una misma cosa*. RDP., Noviembre 1976. Págs., 885 a 894. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. 1ª Edición. Madrid, 1982. (Cfr.: Págs. 596 a 603. También puede verse la 2ª Edición de 1986). PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Compendio de Derecho Civil*. Vol. III. Derechos reales. Derecho hipotecario. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1989. (Cfr.: Pág., 551). JORDANO FRAGA, FRANCISCO. *Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción. Comentario a la STS. de 4 de marzo de 1988*. ADC., 1989. Págs., 1349 y ss. PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 5 de Julio de 1991. Págs., 3364 a 3375. PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del C.c. en la obra del Ministerio de Justicia: Comentario del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz - Ares Rodríguez, Luis Díez - Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch. Tomo I. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993. Págs., 1532 a 1536. LÓPEZ BURNIOL. *Función notarial y documento: exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad*. En: CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL. (5º. 1993. GRANADA). *Ponencias (8 - 11 Octubre, Granada 1993)*. Talleres Bodonia. Granada, 1993. RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. (Cfr.: nota ...). VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R. *Efectos de la inscripción*, en LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M. y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (Coords.). *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo blanch. Valencia, 1994. ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA -

en ambas corrientes doctrinales es CAMY SÁNCHEZ - CAÑETE, pues mientras ANTONIO MONSERRAT VALERO le considera monista,<sup>27</sup> ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL le reputan dualista.<sup>28</sup>

Las posiciones no son uniformes dentro del campo dualista, pues si bien se conviene unánimemente en que el tercero del art. 32 no requiere haber adquirido de persona que en el Registro figure con facultades para transmitir, para ser protegido frente a títulos no inscritos, se discrepa en cuanto al ámbito de aplicación del artículo (títulos frente a los que el tercero estaría protegido), y en cuanto a los requisitos a reunir para obtener la protección del art. 32, esto es, si el tercero ha de tener o no buena fe y si debe exigírsele o no haber adquirido a título oneroso, para obtener tal protección. Según GARCÍA GARCÍA, han profesado fervorosamente la tesis dualista, TIRSO CARRETERO y MANUEL GÓMEZ GÓMEZ. En cambio, LACRUZ BERDEJO, AMORÓS GUARDIOLA y el mismo VILLARES PICO habrían mantenido una posición algo intermedia, pues apartándose de la tesis dualista estricta, que afirma que al tercero del art. 32 LH. *le basta con INSCRIBIR su título para ser protegido por el Registro frente a otros titulares que no accedieron al mismo*, vienen a exigir a tal tercero otros requisitos adicionales.<sup>29 30</sup>

SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. (Cfr.: Págs., 180 a 257, especialmente). LASARTE ÁLVAREZ. *Principios de Derecho Civil*. Tomo 5. Madrid, 1997. (Cfr.: Pág., 382). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. (Cfr.: Págs., 546 a 558. Vid. también 4ª edición, 2001, Págs., 610 a 618, donde introduce algunas leves variaciones en las razones que le mueven a sostener la tesis monista, sobre las manifestadas en anteriores ediciones.).

También cabe citar a: URIARTE BERASÁTEGUI, JOSÉ. *Revisión de ideas*. RCDI., 1950. Nº 261, Págs., 116 a 125; Nº 262, Págs., 161 a 166; Nº 263, Págs. 239 a 256; Nº 264, Págs. 321 a 331; Nº 265, Págs., 385 a 390; Nº 266 - 267, Págs. 461 a 477; Nº 268, Págs., 553 a 568; Nº 269, Págs., 644 a 654; Nº 270, Págs., 747 a 757. PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL. *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*. Signo. Barcelona, 1990. GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993. MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP, Junio 2001. Págs., 505 a 520. O'CALLAGHAN, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Derechos reales e hipotecario. 4ª Edición. Editorial de Derecho Reunidas, S.A.. Madrid, 2002. Págs., 422 y 423, 425, 426 y 427.

<sup>27</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista ... Op. cit.* Pág., 515, nota 53. Basa su afirmación en la obra de CAMY SÁNCHEZ - CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Vol. V. Pamplona, 1983. Págs., 449 y 451.

<sup>28</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. *Derecho hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1995. Págs., 185 y 191. Se apoyan estos autores en la misma obra de CAMY que MONSERRAT VALERO, pero en su edición de 1974 (Vol. V. Págs., 443 y 444).

<sup>29</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo I. *Op. cit.* Págs., 588 y 589; Tomo II. *Op. cit.* Págs., 91 y ss..

<sup>30</sup> Mientras TIRSO CARRETERO niega la necesidad de los requisitos de la buena fe y onerosidad al tercero



La doctrina dualista ha llegado a plantear, inclusive, si estará protegido frente a títulos de dominio o derechos reales no inscritos o anotados, "el acreedor que adquiere sobre el bien una situación registral (anotación de embargo)". Esto es, si tales títulos serían inoponibles (ineficaces) frente al acreedor que obtuvo una anotación de embargo. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, sacando las últimas consecuencias de la tesis dualista, se pregunta si también resultará protegido frente a los títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos o anotados, el *arrendatario* que inscriba.<sup>31</sup> (Cva. ntra).

El apoyo fundamental de la tesis dualista, a partir del cual se levanta toda la construcción de la misma, son los argumento históricos.

Por un lado, se maneja el argumento de la admisión de la inscripción constitutiva en cuanto a tercero durante las discusiones de la Comisión de Codificación, reorganizada por R.D. de 11 de septiembre de 1846.

Por otro lado, se habla de la influencia que el sistema hipotecario belga habría tenido en GÓMEZ DE LA SERNA, influencia que habría quedado plasmada en el art. 23 LH. 1861, tomado por él precisamente del dicho sistema hipotecario belga. De modo que, desde los orígenes de la Ley Hipotecaria, habría existido en el derecho español una doble figura de tercero hipotecario protegido por la institución registral, el tercero del art. 23, de influencia belga (latina) y el tercero del art. 34, de influencia germánica. Dos terceros que responderían a distintos principios inspiradores.

---

autónomo que él ve en el art. 32 LH., VILLARES PICO considera que el art. 32 exige implícitamente que el titular sea adquirente a título oneroso y con buena fe. "El requisito de la onerosidad lo deduce de la Ley de 17 de julio de 1877, que sí lo estableció; la buena fe en base de razones éticas [entiende que] debe ser exigida, aunque no la buena fe del artículo 34, sino la que establece el artículo 1950 del Código Civil, ya que el adquirente inmatriculante conoce siempre la inexactitud del Registro." (Citados por CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. Tomo I. 2ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 1967. Págs., 263, 265 y 266). También CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA exigen al tercero del art. 32 LH. la buena fe del art. 1950 CC.. (Ibidem. Pág., 267)

Es discutible que la falta de inmatriculación sea un caso de inexactitud registral, como parece presuponer VILLARES PICO. *Vid.*: Capítulo cuarto, epígrafe III.3.

<sup>31</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág. 548

En el fondo de la polémica sobre la unicidad o dualidad del tercero protegido por la Ley Hipotecaria late la cuestión de si el art. 32 LH. "regula una protección que deba estimarse como parte del 34" o bien establece otra protección diferente.<sup>32</sup> En otras palabras, si los arts. 32 y 34 LH. responden *ambos* a la doble idea de que << lo no inscrito no perjudica a tercero >> y de que << el derecho del transferente tiene para el tercer adquirente la consistencia y extensión que resulta del Registro >>,<sup>33</sup> posición hipotecarista clásica, (también formulada en el sentido de que ambos preceptos constituyen formulaciones complementarias del principio de fe pública registral, recogiendo el art. 32 LH. su aspecto negativo, y el art. 34 su aspecto positivo <sup>34</sup>) o si dichos preceptos responderían a diversos principios inspiradores, el art. 32 LH. al latino de inoponibilidad y el art. 34, al germánico de fe pública registral.

Son muchas las conclusiones que se extraen de estas premisas. La primordial de todas sería, admitida la tesis dualista, la coexistencia en el sistema registral inmobiliario español de dos mecanismos de protección para terceros adquirentes:

Un sistema latino de inoponibilidad, basado en la sanción de la negligencia del titular que demoró dar publicidad a su adquisición, y en el que se otorga protección frente a títulos no inscritos al adquirente que acudió primeramente al amparo del Registro. Este sistema estaría reflejado en el art. 606 y 1473 del CC. y en el 32 de la LH. (Inicialmente, en el art. 23).

Junto al anterior, existiría también un sistema germánico de protección, basado en la confianza que el adquirente depositó en la información publicada por el Registro, y en su ignorancia de que los asientos del Registro no eran exactos; y en virtud del cual, la apariencia registral es preferida a la realidad jurídica en beneficio de la persona que confió en ella. Se trataría del sistema de los arts. 34, 37, 31, 40 *in fine* y 220 LH..<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. N.º 603. Pág. 631

<sup>33</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág., 246

<sup>34</sup> CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, 1994. N.º 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Pág. 2226.

<sup>35</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. *Op. cit.*. Págs., 162 a 167. CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Estudios ... Op. cit.*. Pág., 253.

En los sistemas de transcripción o de inoponibilidad de lo no transcrito a lo transcrito (francés, belga, italiano ...) se “sanciona” que un título transcribible permanezca clandestino (permanece clandestino cuando no es hecho público mediante la transcripción), dando lugar a que el mismo disponente enajene o grave el mismo derecho a favor de un tercero, *por la vía de preferir el título del tercero transcrito antes*; de manera que lo no transcrito no será oponible a lo transcrito, siempre que se trate de títulos incompatibles, relativos a una misma finca o derecho real. En otras palabras, ante dos actos de disposición sucesivos efectuados por el mismo titular sobre una misma finca o derecho, se prefiere el título primeramente transcrito, quedando el otro inutilizado. La protección al tercero *se basa, pues, exclusivamente en el hecho de haber transcrito su título primero, con independencia de que su adquisición sea o no a título oneroso, o de buena o mala fe, salvo confabulación fraudulenta entre transmitente y adquirente, pues “fraus omnia corrumpit”*. Es decir, si el tercero conoció la enajenación anterior, ello no le impide ser protegido si transcribió antes; otra cosa es que a ese conocimiento se sume la intención de querer un resultado dañoso para el primer adquirente; caso en el que hay fraude y se excluye la protección. La protección que se brinda en estos sistemas es, por lo tanto, “ciega”, atendiéndose exclusivamente a un criterio de prioridad en la transcripción, y muy limitada, pues se reduce al caso de concurrencia de títulos incompatibles o contradictorios entre sí sobre una misma finca o derecho real.<sup>36</sup>

Entendiéndose, pues, que el art. 23 de la LH. tiene una inspiración en esta clase de sistemas, resultaría que el tercero de dicho artículo, quedaría protegido frente a títulos existentes en la realidad no inscritos, que no se le podrían oponer, por el sólo hecho de inscribir, *aunque no haya adquirido de un titular registral anterior*; es decir, aunque él, persona ajena al contrato no inscrito, sea un inmatriculante, por ejemplo.

En el sistema germánico (sistema actual de los Códigos Civiles alemán o suizo), diferentemente, el contenido del Registro se presume exacto e íntegro “*iuris tantum*” en favor del titular registral que tiene inscrito un derecho a su nombre, por el mero hecho de tener la condición de tal titular registral. Además, el Registro *vale como exacto* en

<sup>36</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. *Derecho hipotecario*. Tomo I. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1995. Págs., 101 a 106.

beneficio del tercer adquirente que confió en el mismo e inscribió su adquisición. En el primer caso surge la legitimación registral. En el segundo, la fe pública registral. Como dice NUSSBAUM "las inscripciones registrales se reputan verdaderas, aunque no lo sean en la realidad, para todo aquel que de buena fe y por acto de voluntad adquiriera derechos sobre una finca ...", confiando en aquéllas.<sup>37</sup>

Si el art. 23 LH. tuvo una inspiración germana (y por lo tanto es único el sistema registral de protección de adquirentes en el Derecho español), el tercero de dicho artículo es un adquirente que ha confiado en una inscripción registral previa y al que la ley, por tal confianza, protege frente a títulos no inscritos que no pudo conocer y no conoció, atribuyéndole el derecho que quiso adquirir, (aunque el transmitente no tuviese en la realidad las facultades para transmitirlo o constituirlo que la apariencia registral daba a entender, por haberse desprendido con anterioridad de la titularidad de la que emanaban tales facultades,) y no perjudicándole los derechos no inscritos.

Otras derivaciones cabe extraer del sostenimiento de una u otra tesis. En general, la correcta exégesis de los arts. 34 y 32 LH.. y en concreto, las siguientes. Así, si la falta de inscripción de un título de dominio o de cualquier otro derecho real es, en caso de ser inscrito otro título contradictorio con el no inscrito, un supuesto de conflicto de títulos que se resuelva por medio de la inscripción, o un supuesto de inexactitud registral rectificable con efectos sustantivos en favor del *verus dominus* y con perjuicio de todo tercero que no reúna los cuatro requisitos del art. 34 LH.. Igualmente, cuáles sean los requisitos que deba reunir el tercero mencionado en el art. 32 LH. y 606 CC. para su protección registral<sup>38</sup> y qué interpretación deba darse al art. 1473. 2 del Código Civil. Consecuentemente, la situación de protección, o de ausencia de protección, frente a títulos no inscritos, para el inmatriculante, el que reanuda el tracto sucesivo interrumpido, los terceros a los que les falta el requisito de la previa inscripción al adquirir porque su transmitente aún no había obtenido la inscripción de su título en el Registro, los titulares que siguen el expediente del art. 312 RH (para la inscripción de

<sup>37</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Págs., 106 a 109.

<sup>38</sup> Como ha dicho Díez PICAZO "la exégesis del precepto contenido en el art. 32 impone ante todo la determinación de quién debe entenderse que es con arreglo a él tercero". (DÍEZ - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. Las relaciones jurídico - reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1995. Pág., 471.)

derechos reales limitados sobre finca ajena no inmatriculada), los titulares de derechos reales en cosa ajena del art. 376 RH.,<sup>39</sup> los terceros adquirentes por título lucrativo o con mala fe y el anotante de embargo.

También se ve afectada por el mantenimiento de una u otra tesis la exégesis de los arts. 36 y 207 LH.; 319 a 321 LH. (antiguos 313 a 315 LH.)<sup>40</sup> y de los arts. 585 al 588 RH., así como la del art. 38.2º LH.,<sup>41</sup> sin faltar repercusiones en la explicación del principio de legitimación registral y en el carácter que tendría la inscripción en el Derecho español.

Según ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, la tesis dualista ha dado lugar a la de la inscripción cuasiconstitutiva respecto a terceros y en el caso del art. 32. Así GARCÍA GARCÍA considera que en el caso del art. 32 la inscripción es cuasiconstitutiva para los terceros que han inscrito su título "y correlativamente, para los terceros que no han inscrito *el derecho real no está perfecta y plenamente constituido*, de manera que la nota de absolutividad o eficacia "erga omnes" del derecho real sólo puede considerarse plena y sin límites una vez obtenida la inscripción".<sup>42</sup>

La cuestión tiene, pues, una trascendental relevancia que no se limita a la problemática de la doble venta, como algún autor monista, quizás con una visión algo reduccionista, parece dar a entender (así MONSERRAT VALERO<sup>43</sup>). En este problema de la unidad o dualidad del tercero o sujeto protegido por la Ley Hipotecaria "están involucrados - como ha dicho RAMÓN

<sup>39</sup> Art. 376 RH.: "Cuando el primer asiento solicitado se refiera a un derecho real y con el título presentado se pueda inscribir la adquisición de inmueble, con arreglo al artículo 205 de la Ley, se harán dos inscripciones: la de dominio de la finca y después la del derecho real.

En igual forma se procederá cuando el asiento de que se trate sea de anotación preventiva. "

<sup>40</sup> Los artículos 319, 320 y 321 de la LH. son los antiguos 313, 314 y 315 del Título XIII (De los documentos no inscritos). La Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (art. 101.3) ha dado a esos arts. 313, 314 y 315 una diferente numeración, al haberse introducido en el Título XII de la LH. unos *nuevos artículos 313 a 318* sobre el Régimen disciplinario de los Registradores.

<sup>41</sup> Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág., 745, nota 505, donde dicen que GARCÍA GARCÍA, además de entender que respecto del tercero mencionado en el art. 38.2º, "la demanda de nulidad habrá de fundarse en la falta de alguno de los requisitos del tercero del art. 34", hace una aplicación de la regla del art. 38.2º *in fine* al tercero del art. 32 LH.

<sup>42</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág., 234.

<sup>43</sup> Cfr.: MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Págs., 506 y 507 y 515 y 516.

DE LA RICA Y MARITORENA - los más importantes principios hipotecarios definidores del sistema".<sup>44</sup> De ahí que no estuviese en lo cierto DEL HOYO cuando afirmaba que de la teoría de VILLARES PICO a la teoría clásica *sólo había una diferencia: que en ésta es precisa una transmisión para que surja el tercero hipotecario mientras que en aquélla es tercero el titular de la primera inscripción, sin necesidad de esperar a que se haga esa transmisión.*<sup>45</sup>

Realmente son muchas más las diferencias entre una y otra teoría.

"Los argumentos de uno y otro lado - ha dicho SERRERA CONTRERAS - son múltiples. Cada postura cree encontrar en sus preceptos el apoyo formidable que la contraria en cambio minimiza." <sup>46</sup> Por tal motivo, y por haber buscado su apoyo la tesis dualista en razonamientos de corte histórico, hemos optado por buscar la solución a la polémica en los orígenes de la figura del tercero: en los trabajos de la Comisión General de Codificación que dieron lugar al Proyecto de 1851 y en los comentarios iniciales a la LH. 1861. Es decir, en el argumento histórico y de precedentes legislativos (art. 3.1 CC.: "Las normas se interpretarán ... en relación con ... los antecedentes históricos y legislativos ..."), intentando desentrañar cuál fuese la *mens legislatoris* sin olvidar, indudablemente, otros argumentos. (*Vid.*: Capítulo III).

Antes, sin embargo, de tratar de poner fin a tan enconada disputa, expondremos los pilares sobre los que se levantó la tesis dualista y procuraremos dar una visión comparativa de ambas posiciones doctrinales en aquellos aspectos que más directamente atañan al objeto de la tesis: quién sea el tercero no perjudicado por los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles no inscritos ni anotados; esto es, quién sea el tercero del art. 32 LH..

Finalmente, queremos resaltar que una cosa es que *el tercero protegido por la Ley Hipotecaria sea único* (y por lo tanto, el tercero del art. 32 LH. sea el mismo tercero del art. 34 LH. y de la Exposición de Motivos de la LH. 1944)., y otra, bien distinta, que siempre que se emplee el término tercero en la Ley Hipotecaria, *se esté hablando del sujeto que disfruta la protección registral*. Así, por ejemplo, aunque VALLET DE GOYTISOLO ve un mismo sujeto

<sup>44</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Pág., 705.

<sup>45</sup> DEL HOYO, FRANCISCO. *Otra vez el concepto de tercero*. RCDI., 1949. Pág., 573.

<sup>46</sup> SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. Nº 593. Pág. 1205.

protegido en los arts. 32 y 34 LH., considera que los arts. 28 y 207 de la misma, al utilizar el termino tercero *no se refieren a quien obtendría la protección de la fe pública transcurrido el plazo de suspensión previsto en los mismos, sino a los terceros titulares de un derecho no inscrito, anterior a la relación inscrita* en el asiento de inmatriculación o en la inscripción practicada a favor del heredero voluntario.<sup>47</sup> No obstante, hay monistas que ven en todas o prácticamente todas las referencias al tercero que se hacen en la LH. al tercero del art. 34 de la misma. Así SANZ FERNÁNDEZ considera que con la reforma de 1944 - 46 se habría producido una unificación del "... sentido y alcance de las referencias a tercero que se contienen en la Ley, para designar siempre al tercero protegido por el art. 34" con excepción del art. 313 (hoy 319) en el cual la palabra tercero tendría un alcance diferente.<sup>48</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene, por su parte, que, en principio, incluso en los arts. 313 LH (hoy 319) y concordantes del RH, "cuando en la Ley Hipotecaria vigente se habla de tercero protegido (<< no perjudicarán a tercero >>, etc.) frente a derechos reales no inscritos, se está refiriendo a un único concepto de tercero: al tercero protegido con arreglo al art. 34 LH (llamado, por el nombre de la Ley que lo protege, tercero hipotecario)".<sup>49</sup> Estando, pues, conformes en cuanto a la unidad del sujeto protegido por el Registro, los monistas pueden divergir entre sí en ciertos aspectos, como en éste de si todas las referencias a tercero que se hacen en la LH. hay que entenderlas referidas al tercero hipotecario o sujeto beneficiado por la institución registral, o no.

<sup>47</sup> VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.. *Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral*. RCDI., 1947. Págs., 475 y 476.

<sup>48</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 380 y 381.

<sup>49</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 3ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág., 548.

En su opinión, se refieren a la protección del tercero frente a los derechos reales no inscritos los artículos 11, 13, 15, 28, 31, 32, 34, 36.V y *fine*, 37, 38-II, 40, 76, 142, 144, 207, 220, 225, 313 LH [hoy art. 319]; 86 [hoy art. 84], 173, 585, 586, RH; 462, 606, 647, 1124, 1526, 1549 y 1949 CC. (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Pág., 596, nota 1. Los preceptos subrayados no se mencionan en la 3ª Edición. (Cfr.: Pág., 546, nota 1).

En cuanto a "los conceptos de tercer poseedor o de tercer adquirente en relación con la extensión de la hipoteca (arts. 38, 112 y 113, 114 y 115, 120 y 121, 126, 127, 146, 157 LH.) tienen otros requisitos y otra significación: no se trata de protegerles *frente* al derecho real no inscrito, sino de acotar - para facilitar el tráfico y el crédito territorial - el alcance del derecho real inscrito. También queda fuera la referencia que hace al tercero algún artículo para negar *efectos reales* a determinadas situaciones jurídicas. (cfr. art. 180 LH.)". (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 612, nota 7).

## II. LOS CREADORES DE LA TESIS DUALISTA: MANUEL VILLARES PICÓ y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS.

En los orígenes de la formulación de la tesis dualista, que en opinión de CHICO Y ORTIZ hoy parece triunfante,<sup>50</sup> hay dos nombres principales, VILLARES PICO y NÚÑEZ LAGOS.<sup>51 52</sup>

### 1. La construcción de MANUEL VILLARES PICO. Comentarios de la doctrina científica.

VILLARES PICO, en el año 1947 (julio - agosto), sentó afirmaciones que constituyeron un importante pilar de la tesis dualista y que hoy podemos ver más o menos desarrolladas en la pluma de GARCÍA GARCÍA, principal baluarte actual de dicha tesis.

VILLARES PICO afirmó que el art. 1473.2 CC. recogía la tendencia del derecho moderno, *apuntada en el Proyecto de Código Civil de 1851*, de reconocer que la inscripción hace al derecho real más auténtico, notorio y definido que la posesión, otorgando preferencia en la adquisición al que primero haya usado del mejor medio de publicidad: la inscripción. En caso de colisión por doble venta, el Código Civil vendría a otorgar *mayor eficacia a la inscripción que a la tradición real*, de modo que la frase del art. 609 "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición", tendría una excepción en el art. 1473.2. La propiedad adquirida mediante contrato y tradición podría ceder ante la mera inscripción de un título posterior.<sup>53</sup> En estos asertos estaría ya latente la tesis de la inscripción constitutiva a efectos de tercero que desenvolverá poco después.

---

<sup>50</sup> CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, 1994. N.º 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Pág., 2228.

<sup>51</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Pág., 511.

<sup>52</sup> Para ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, NÚÑEZ LAGOS habría sido el principal creador de la tesis dualista.

<sup>53</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La posesión y el Registro*. RCDI., Julio - Agosto 1947. N.º 230-231. Págs., 412 y 421.



En cuanto a los artículos 17, 23, 25 y 26 de la LH. 1861, afirmó que estuvieron inspirados "más que en el principio de la fe pública registral en el principio de *oponibilidad* o << prior tempore potior jure >> para oponer el título inscrito al que no lo esté, dando el titular de éste con su negligencia *ocasión* a que se inscribiese otro posterior, recogiendo este sentido de la ley de Brumario del año VII, suprimida por el Código de Napoleón, pero restablecida por la ley de Transcripciones de 28 de marzo de 1855 ; ...".

Dice este autor que los hipotecaristas se fijaron sólo en la fe pública registral y nada en el principio de *prioridad u oponibilidad*,<sup>54</sup> prescindiendo del art. 23, (de más amplitud que el 34 pues en aquél cabrían ambos principios, el de fe pública registral y el de prioridad).

A su juicio, del art. 23, hoy 32, emana toda la protección al tercero hipotecario, "entendiendo por éste *no sólo el que resulta del artículo 34, sino el concebido con la pauta del artículo 23 de la ley anterior*, [se refiere a la LH. 1909] que viene a ser *todo titular inscrito*, que puede, *por efecto de la inscripción*, oponer su título a los contratos o actos inscribibles que no fueron registrados y a toda situación jurídica sobre inmuebles que no conste en el Registro, desconocida del inscribiente al tiempo de adquirir. [Parece, pues, que el inscribiente debería tener buena fe].

Este artículo 23 fué preterido por los autores de la ley de la reforma [de 1944], hasta que los redactores de la nueva ley le dieron un puestecito en el art. 32. *Si no fuese rehabilitado este precepto quedaría coja la Ley Hipotecaria y habría que acudir al Código Civil en sus artículos 606 y 1473* [que recogerían el sentir del antiguo art. 23 y el mencionado principio de prioridad u oponibilidad].

Es decir, que del artículo 32 de la ley actual derivará la eficacia especial de la inscripción a nombre del tercero hipotecario, basado en la publicidad del Registro, *bien por el silencio que se refleja en el mismo de los otros títulos no inscritos*, dando *ocasión* a que se inscriban otros (efecto negativo de la publicidad), bien fundándose en la inscripción, que figura

---

<sup>54</sup> VILLARES PICO parece equiparar aquí los principios de prioridad y oponibilidad. En cambio GARCÍA GARCÍA afirma que tienen un ámbito de aplicación distinto.

a nombre del transferente con la facultad de transmitir, o sea por la fe pública registral propiamente dicha (efecto positivo de la publicidad)".

En opinión de este autor, pues, el Registro de la Propiedad español, además de hacer afirmaciones directas de la propiedad del transmitente reflejada en los Libros del Registro, cuya veracidad se garantiza al adquirente (lo que es propio de un sistema de exactitud), permitiría formular, a partir de su *silencio*, silogismos de los que concluir la propiedad del transmitente, (lo que es propio de un sistema como el diseñado en Francia por la Ley de Transcripciones de 1855).<sup>55</sup>

Como explica LACRUZ, en el Registro francés la propiedad del transmitente (*Primus*) resulta de un silogismo efectuado del siguiente modo: *Primus* adquirió la finca. Es así que no ha enajenado (porque la enajenación no consta en el Registro), luego *Primus* es actualmente propietario. En este silogismo, la premisa mayor no tiene por qué constar en el Registro y se prueba por documentos (escritura en que se formalizó la compraventa; testamento en el que se le legó la finca ...). La premisa menor, se deduce del *silencio* del Registro.<sup>56</sup> *Es este silencio del Registro el que justificaría según VILLARES PICÓ la protección del adquirente, que ha efectuado su adquisición fundado en la publicidad negativa (silencio) del Registro acerca de otra enajenación anterior.*<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Cfr.: LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral. Op. cit.* Págs., 15 a 18.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> El mismo VILLARES PICO explicita estas deducciones en otro trabajo posterior al decir que en el Registro se producen dos suertes de publicidad. Una, con índice positivo, cuando el adquirente ve o se presume que ve, que el derecho que proyecta adquirir está inscrito a nombre del transferente y que éste tiene facultad dispositiva registral. Otra, con índice negativo, "en el sentido de que en el Registro no consta inscrito título alguno incompatible con el que va a otorgarse, induciendo este silencio al adquirente a creer que el transferente es dueño por la titulación que exhibe y se supone también que no ha enajenado a otro, por cuanto éste no lo hizo constar en el Registro, y *si hubo negligencia* [cva. ntra.], ésta induce ... a contraer por otro tercero sobre la misma cosa, dando a éste *ocasión* a poder inscribir a su favor y poder oponer su título inscrito a cualquier otro titular del mismo derecho". (VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI., Mayo 1949. N.º 252. Pág., 296). Ahora bien, dado nuestro sistema de folio real y de *necesaria 1ª inscripción de dominio*, nos preguntamos si también el silencio del Registro, unido a la titulación presentada, permitirá deducir que el transferente es dueño *en los términos que resulten del título. Puede haberse producido perfectamente una constitución anterior de un derecho real limitado, oculta por el transferente, y que no haya podido inscribirse por falta de previa inmatriculación. ¿Cabría que quien proyecta la adquisición del dominio deduzca que el dominio no está gravado porque no conste en el registro practicada una anotación preventiva del título en el que se constituyó el derecho real limitado, como permite el art. 312.1ª RH? ¿Podrá considerarse negligente a un titular de un derecho real en*

Según VILLARES PICO hay casos en los que la eficacia de la inscripción del tercero no puede derivarse del art. 34 y sin embargo se deriva del art. 32. Por ejemplo, el caso de que el transferente tenga su título pendiente de inscripción al acudir a la Notaría para perfeccionar el contrato. El adquirente no puede acogerse a la fe pública porque su transmitente no figuraba en el Registro con facultad de disponer en el momento de perfeccionar el contrato. La escritura se otorga y luego se llevan al Registro el título del transmitente y la escritura otorgada, para la inscripción de ambos. En este caso el adquirente es tercero comprendido en el art. 32, que puede oponer *su título oneroso* [he aquí otro requisito que junto a la inscripción y la buena fe debe reunir el tercero para su protección por el art. 32] contra cualquier tercero que no hubiese inscrito "basándose en el principio de prioridad y en la fe del silencio del Registro, relativo a cualquier título referente a la finca o derecho del adquirente inscrito".<sup>58</sup>

En definitiva, VILLARES PICO concluye que el art. 23 LH 1861, hoy 32, habría recogido un principio denominado de prioridad u oponibilidad, es decir, influencias del sistema de transcripción, sin excluir, por ello, el sentido predominante del sistema germánico en el sistema hipotecario en su conjunto.<sup>59</sup>

Un mes después de que NÚÑEZ LAGOS publicase su artículo "*El Registro de la Propiedad Español*", VILLARES PICO publicó un artículo que supondría una apuesta definitiva de este autor por el dualismo hipotecario: "*La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero.*"<sup>60</sup>

En este artículo, VILLARES PICO sostuvo la protección al tercero hipotecario entendido como todo titular de un acto o contrato legal (es decir, que no adolezca de ningún vicio de

---

cosa ajena que se ve forzado por las circunstancias [negativa de su transmitente a inmatricular] a iniciar el procedimiento del art. 312 RH., procedimiento que podría llevarle incluso a instar un expediente de dominio para justificar la propiedad del *auctor* (art. 312.4ª RH. en relación con el art. 199 a) LH.), y al que se le anticipa en la solicitud de la anotación preventiva por falta de previa inscripción *un adquirente del dominio procedente del mismo auctor*?. La imposibilidad de responder afirmativamente a esta pregunta y la existencia del art. 207 LH. es lo que harán, en nuestra opinión, que VILLARES PICO matice la oponibilidad del título inscrito frente al no inscrito con la suspensión por dos años del art. 207 LH. como veremos más adelante.

<sup>58</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La posesión ...*, Op. cit., Págs., 436 y 437.

<sup>59</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La posesión ...*, Op. cit., Pág., 439.

<sup>60</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI., Mayo 1949. N.º 252. Págs., 289 a 317.

nulidad<sup>61</sup>) inscrito, sin la limitación de los artículos 28 y 207 LH., que no haya tenido conocimiento, antes de la perfección del negocio jurídico, "de cualquiera situación jurídica de la cual proceda la acción o derecho cuya ineficacia asegura por virtud de la inscripción a su nombre".<sup>62 63</sup>

Fundamentó la protección a este tercero frente a otros títulos no inscritos incompatibles con el suyo sobre dos bases: por un lado, en el carácter constitutivo de la inscripción para dicho tercero, que ya apuntó en su trabajo anterior, y por otro lado, en la publicidad negativa del Registro al estilo de los sistemas de transcripción, en el sentido que ya vimos.

El carácter constitutivo de la inscripción para el tercero hipotecario definido, lo ve presente ya en los estudios de la Comisión de Codificación del año 1846 y en el Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 1858), de donde habría pasado a la Ley Hipotecaria, a su artículo 23 y a los conocidos párrafos de la Exposición de Motivos, "Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero...", etc., modificando profundamente la legislación civil en el modo de adquirir los bienes inmuebles. Ese valor constitutivo habría sido recogido posteriormente por el Código Civil en los artículos 462, 606, 608 y 1473. Este último artículo sería el que más claramente reflejaría tal valor constitutivo de la inscripción respecto de tercero, pues según el mismo la inscripción determinaría la preferencia en la adquisición de la propiedad, supliendo la inscripción y superando la publicidad de la tradición. La inscripción es un modo absoluto de adquirir que genera derechos absolutos *erga omnes*, mientras que los modos civiles son modos relativos de adquirir, que

---

<sup>61</sup> Pues si adolece de algún vicio de nulidad - dice el autor - no actúa el art. 32 LH., de acuerdo con la limitación al mismo establecida por el art. 33.

<sup>62</sup> El adquirente que inscribe ha de tener, pues, buena fe en el momento de la perfección del negocio jurídico. No es preciso que la tenga posteriormente, en el momento de la consumación, ni al inscribir. En su opinión, el adquirente "máxime después de cumplir su prestación onerosa, está autorizado por la Ley a toda diligencia y a toda lícita astucia para asegurar su derecho y poder anteponer su título inscrito a cualquier otro que no lo esté referente al mismo inmueble, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 207, durante dos años." VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario ... Op. cit.* Págs., 303 y 304.

<sup>63</sup> *Ibidem*. Págs., 290, 291 y 294 y 303.

dan lugar a derechos relativos, afectos a la condición resolutoria de surgir un tercero protegido por la LH..<sup>64</sup>

El artículo 23 LH. 1861 (hoy 32) reconoció el carácter constitutivo de la inscripción al establecer el principio de prioridad o de luz pública registral (hermanado con el de oponibilidad),<sup>65</sup> principio jurídico en virtud del cual la Ley concede preferencia en la adquisición al titular que primero inscribe su título<sup>66</sup>, sancionando con la pérdida de su derecho al que dejó de inscribirlo, en concurrencia con un tercero que se atuvo a los preceptos de la Ley,<sup>67</sup> con lo que se estimula la inscripción en mayor grado que si sólo actuase la eficacia de la inscripción en favor del tercero del art. 34 LH.. La Ley premia directamente al inscribiente que primero trae a la luz pública un acto o contrato sobre la propiedad inmueble, sacándole de la gestación clandestina. Al inscribir, el titular notifica a la sociedad que ha podido coronar antes que nadie la adquisición de un derecho real sobre una finca determinada.<sup>68</sup>

Junto al valor constitutivo de la inscripción en la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, la protección al tercero hipotecario del art. 23 (hoy 32), se fundamenta en la publicidad negativa del Registro. Al no constar inscrito en el Registro título alguno incompatible con el que va a otorgarse, el adquirente, inducido por el silencio del Registro, cree que el transferente es dueño sobre la base de la titulación que éste le exhibe y por la suposición de que no ha enajenado a otro, ya que el Registro nada refleja al respecto.<sup>69</sup>

Consecuencia de todo lo dicho es que en su concepto amplio de tercero hipotecario entren, no sólo los adquirentes con arreglo al artículo 34, sino una amplia gama de titulares comprendidos, en su opinión, en el artículo 32 o en el 1473 del CC. Así:

---

<sup>64</sup> Ibídem. Págs., 299, 300, 301 y 303.

<sup>65</sup> Aquí parece distinguir dos principios: prioridad (entendido como preferencia en la adquisición para el que primero inscribe) y oponibilidad (el título inscrito se opone al no inscrito). VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario ...*, Op. cit., Pág., 291.

<sup>66</sup> Ibídem. Pág., 296.

<sup>67</sup> ¿A qué preceptos, nos preguntamos si en el sistema español la Ley no obliga a dar publicidad a los derechos reales mediante la inscripción, como reconoce el propio VILLARES PICÓ.?. (Ibídem. Págs., 292, 294 y 314).

<sup>68</sup> Ibídem. Págs., 292, 294, 297, 298 y 314.

<sup>69</sup> Ibídem. Pág., 296.

- El que adquirió, sin ser por herencia, de un causahabiente que no tiene inscrito su título al otorgar el contrato, pero que a su vez procede de un titular registral, por lo que puede seguirse el tracto con la inscripción previa del título del causahabiente.
- El adquirente de buena fe que inscribe su adquisición, después de haber seguido un expediente de dominio u obtenido un acta de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo interrumpido.
- Los inmatriculantes y sus sucesores, después de transcurrir los dos años de limitación del art. 207 LH., durante los cuales un tercero de mejor derecho no inscrito podría pedir la nulidad de la inscripción de inmatriculación y ser preferido, ejercitando victoriosamente su derecho. Pasado tal plazo, se extingue automáticamente su acción y la inscripción consolida su eficacia retroactivamente, perjudicando a partir de entonces a cualquier tercero civil. "... La limitación del artículo 207 se establece solamente respecto de terceros civiles de mejor derecho, que deriva de *título anterior a la fecha de la inmatriculación*. En cuanto a *terceros civiles posteriores*, la eficacia de la inscripción de inmatriculación y sus derivadas, *no tiene limitación* y se rige por el artículo 32, perjudicando a todo titular no inscrito con derecho posterior a la inmatriculación....". [La inscripción de inmatriculación, entonces, perjudicaría a los titulares de derechos reales adquiridos del *verus dominus* con posterioridad a la práctica de aquélla.]
- El que adquiere a título oneroso de persona a quien cree dueña por la titulación que presenta y porque en el Registro no hay obstáculo alguno que impida inscribir o inmatricular el derecho que se adquiere, especialmente en los casos de doble venta del art. 1473 del CC., en los que la inscripción "determina la preferencia en la adquisición de la propiedad, sin que para este efecto esté limitada la inscripción de inmatriculación por el citado artículo 207, toda vez que, como afirma GAYOSO ARIAS, la inscripción en el supuesto de doble venta produce

sus efectos constitutivos instantáneamente por el principio de prioridad y como sucedánea de la tradición, sin necesidad de que entre en juego el principio de fe pública registral, como afirman algunos, sino los de prioridad y legitimación, que no están afectos a la limitación del artículo 207 en este caso en que la inscripción suple y supera la publicidad de la tradición y por esto no deja a salvo el derecho del otro comprador durante los dos años porque éste no lo tiene mejor, toda vez que, como dice MORELL, la inscripción aquí produce el efecto de notificación de la venta y a la vez de la tradición."<sup>70</sup>

Hasta aquí la construcción de VILLARES PICO, que no dejó de ser objeto de comentario por la doctrina científica.

FRANCISCO DEL HOYO escribió un comentario al artículo de VILLARES PICO "*La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros*",<sup>71</sup> destacando que la importancia del artículo de este autor radicaba en que consideraba tercero hipotecario, no sólo al del art. 34 LH. sino a otros muchos más, y en particular, a los titulares de las inscripciones primeras, a las que se referirá DEL HOYO especialmente en su comentario.

Para DEL HOYO el art. 207 LH., consecuencia de la norma sentada en el art. 32, es el precepto que regula los efectos de las inscripciones de inmatriculación. Los efectos contra tercero que quiere producir este artículo, dice, son los efectos hipotecarios. "Pero ¿a qué tercero se refiere?. Entendemos que al tercero civil, y por consiguiente quiere decir que las inscripciones de inmatriculación, transcurridos dos años, producen plenos efectos de fe pública [*sic*] contra el tercero civil. De donde se deduce que al pasar los 2 años el titular de la inscripción de inmatriculación toma la categoría de tercero hipotecario protegido. Esto para las inscripciones practicadas al amparo de los artículos 205 y 206, porque el expediente de dominio queda exento de suspensión."<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario ...*, Op. cit., Págs., 295 y 296.

<sup>71</sup> DEL HOYO, FRANCISCO. *Otra vez el concepto de tercero*. RCDI., Septiembre 1949. Nº 256. Págs., 563 a 574.

<sup>72</sup> *Ibídem*. Pág., 566.

Es lógico - justifica - que las inscripciones de inmatriculación gocen de los efectos registrales de la *fe pública*, transcurrido en su caso el plazo de suspensión, porque "cuando el Registro admite en su seno el derecho de un titular civil por no existir ninguno registral, es *porque lo considera suficientemente probado para concederle la garantía hipotecaria*." (Cva. ntra.). Por otro lado, las formalidades que se exigen para practicar las primeras inscripciones las hacen dignas de que se las conceda el efecto de producir un tercero hipotecario. Así, los expedientes de dominio tienen unas garantías casi superiores a las de un juicio declarativo. (Tales garantías unido a su coste económico hacen que el expediente no tenga explicación sino "interpretando la doctrina del tercero hipotecario al amparo de los arts. 32 y 207 de la Ley como lo ha hecho VILLARES PICO"<sup>73</sup>). La inmatriculación del art. 205 LH. tiene la garantía de que el título del transmitente ha de tener fecha fehaciente de más de un año de antigüedad o ir corroborado por acta de notoriedad, además de la suspensión de los dos años. Las certificaciones administrativas de dominio, emanadas del Estado, (teniendo en cuenta que la fe pública es atributo de éste) "han de merecer todo crédito y suponer que sus certificaciones responden a la realidad". Además tienen la garantía de suspensión de dos años. <sup>74</sup> Finalmente, *el que con esta nueva teoría* se substantive totalmente la inscripción ("que quiere decir que tiene virtualidad bastante para hacer inatacable el derecho inscrito por los simples terceros civiles") "... no repugna en nada a la concepción orgánica de nuestras leyes, que tantas prescripciones admiten; algunas de ellas instantáneas, al amparo de la seguridad del derecho, como es la misma del art. 34 LH." <sup>75</sup> (Cva y negr. ntras.)

En este marco, conviene DEL HOYO con VILLARES PICO en que el art. 1473.2º del CC. se refiere a inscripciones primeras, y entiende ser esto así, entre otros argumentos, porque el citado artículo "no habla para nada de adquirir el inmueble de un titular inscrito, ni creemos que de base ninguna para pensar de esta manera ... sino simplemente de la inscripción del comprador. Y *ubi lex non distinguit nos non distinguere debemus* ..." <sup>76</sup>

<sup>73</sup> Sin embargo, ¿cómo no podrá vencer un tercero civil al que ha logrado inmatricular una finca por medio de expediente de dominio cuando el art. 284 RH. afirma que "la declaración de estar o no justificado el dominio *no impedirá la incoación posterior del juicio declarativo contradictorio por quien se considere perjudicado*", artículo que es preciso interpretar en relación con el art. 38.2º, 320 y 321, y 40 *in fine* LH?

<sup>74</sup> Ibidem. Págs., 566 y 571 a 573.

<sup>75</sup> Ibidem. Págs., 568 y 569.

<sup>76</sup> Ibidem. Pág., 567.



El art. 1473, afirma, no está inspirado en el concepto de tercero hipotecario comprendido en el art. 34, sino en el párrafo primero del art. 23 de la LH. 1869, cuya doctrina es la misma que la del actual art. 32 *"modificado por el art. 207, que es precisamente en el que apoyamos nuestra teoría."* (Cva. ntra.) Es decir, DEL HOYO - y en esto difiere de VILLARES PICO - considera que al ser el art. 207 de la LH. el que propiamente regula los efectos hipotecarios de las primeras inscripciones, también incluye en su ámbito el art. 1473.2, por lo que en caso de doble venta de bienes inmuebles la inscripción del segundo comprador no será inatacable por el tercero civil (primer comprador) hasta que sea firme por el transcurso de los dos años de suspensión. Si el Código Civil no habla en el art. 1473 de la posibilidad de suspender la inscripción es porque en 1889 no se conocían las primeras inscripciones con efectos suspensivos, que no fueron introducidas hasta la Ley Hipotecaria de 1909 (art. 20). Pero una vez introducidas, matizan el art. 23 (hoy 32) y el art. 1473.2º por estar inspirado en aquél.<sup>77</sup>

De su exposición sobre los efectos hipotecarios de *fe pública* de las inscripciones de inmatriculación, concluye DEL HOYO que "ha sido una equivocación de los redactores el haber introducido el concepto de inmatriculación. Estas inscripciones deben llamarse primeras, y la palabra inmatriculación, importada del Derecho germánico, debe salir inmediatamente de nuestro sistema hipotecario. Porque el concepto de la inmatriculación es simplemente una apertura de folio, y no implica inscripción de derecho real alguno que se trate de proteger. Generalmente se hace de oficio, en correspondencia exacta con los datos catastrales, y no produce efecto ninguno. Por el contrario, nuestras inscripciones primeras amparan siempre la existencia de un derecho real perfectamente constituido, y nunca pueden practicarse de oficio."<sup>78</sup> Es decir, el concepto de inmatriculación no se correspondería con los verdaderos efectos hipotecarios de las inscripciones primeras, que no se limitan a ser un simple mecanismo de apertura de folio registral a una finca, sino que constituyen un mecanismo protector frente a terceros civiles. A estas afirmaciones cabría responder si no debería interpretarse lo relativo a los efectos de las primeras inscripciones con arreglo a su nombre, ya que el nombre, como dice el DRAE es la "palabra que se

77

Ibídem. Págs., 567 y 568.

78

Ibídem. Pág., 569.

apropia o se da a los objetos y a sus calidades para *hacerlos conocer y distinguirlos de otros.*" <sup>79</sup>

## **2. La construcción de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. Comentarios de la doctrina científica.**

NÚÑEZ LAGOS, en "*El Registro de la Propiedad español*", (año 1949, marzo - abril)<sup>80</sup>, sostuvo que en el sistema hipotecario español existen tres tipos de eficacia de la inscripción respecto de tercero o *tres tipos de inmunidad del tercero*, como tres círculos concéntricos. Lo hizo en el marco más amplio de una clasificación de los sistemas de registro. Veamos cómo.

NÚÑEZ LAGOS distingue histórica y metódicamente entre sistemas de principio de publicidad y sistemas de fuerza sustantiva de la inscripción, en los que el texto de la inscripción se sobrepone a todo y a todos, incluso a las propias partes. Los asientos en estos sistemas son la fe pública absoluta.

Dentro de los sistemas de principio de publicidad distingue dos tipos de registro: el pignoraticio o hipotecario en sentido estricto y el de protección de tercero inscrito o eficacia respecto de tercero.

En el Registro pignoraticio se inscriben principalmente los créditos hipotecarios o privilegiados y los embargos. Rige fundamentalmente el principio de prioridad, que origina una escala de valores entre documentos y un concepto de tercero. Éste es el sujeto ajeno a una relación jurídica determinante inscrita, que al ser inscrita toma preferencia. El tercero es externo al registro. Los derechos nacen inter partes por los contratos y el registro los publica frente a los terceros. Por ello tales actos inscritos les son oponibles, les perjudican. Desde su publicación, el derecho se hace verdaderamente

<sup>79</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 19ª Edición. Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa - Calpe, S.A.. Madrid, 1970. Voz: "nombre".

<sup>80</sup> Este artículo es realmente la Memoria presentada por RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (presidente de la Delegación española) al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, en octubre de 1948. Las ideas de esta Memoria habían sido desarrolladas anteriormente por el autor en una Conferencia en el Colegio de Escribanos de Buenos Aires, celebrada el 23 de enero de 1947. (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro de la Propiedad Español*. RCDI, Marzo 1949. N.º 250, Pág., 137.)

real, surte efectos erga omnes.<sup>81</sup> En estos registros, pues, la inscripción sería necesaria para que el derecho inscribible surtiese efectos *erga omnes* frente a todos los ajenos a la relación jurídica inscrita. "La historia de las leyes hipotecarias en el siglo XIX nos presenta un nutrido grupo de Registros de este sistema", entre ellos, el de Dinamarca, (Código de 1863); Holanda (CC. 1838); Milán (ley 19 junio 1826), etc..<sup>82</sup>

Los registros de eficacia respecto de tercero, [se refiere en todo caso a Registros decimonónicos] pueden a su vez tener una mayor o menor eficacia y *superponer grados de eficacia*:

Una eficacia de primer grado o débil, sería la propia del sistema francés. El Registro inmuniza frente a *actos o contratos sujetos a registro* y no inscritos o transcritos. Las situaciones reales constituidas *por voluntad de las partes* al margen del Registro y sujetas a transcripción, pero no transcritas, no perjudican al tercero que transcribe. Sin embargo a éste le afectan las acciones reivindicatorias, de nulidad y resolución *ex tunc*, aunque no consten en el Registro. Igualmente, la acción confesoria derivada de actos no sujetos a transcripción o de usucapión y las hipotecas tácitas y ciertos privilegios.

Una eficacia de segundo grado o intermedia es la del sistema austriaco. La protección es más amplia que en el sistema francés porque se extiende a **todas** las acciones confesorias y a las hipotecarias derivadas de hechos jurídicos (no sólo de actos y contratos). Sin embargo le afectan al tercero las acciones reivindicatorias extrarregistrales o las revocatorias de su dominio inscrito.

La eficacia fuerte o de tercer grado es la del sistema germánico. En este sistema "... no sólo hay preceptos encargados de proteger a tercero frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, sino también otros preceptos lo protegen frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas. Este último ... paso también lo dió el sistema español en 1861..."

---

<sup>81</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N° 250. *Op. cit.*, Págs., 164 a 171.

<sup>82</sup> *Ibidem*. Pág., 165.

Hecha esta clasificación de los sistemas de registro, explica NÚÑEZ LAGOS que en el sistema hipotecario español hay superpuestos, como en el proyecto de Ginebra de 1827, "tres tipos, como tres círculos concéntricos de eficacia:

1.º Un tipo primario de inmunidad del tercero frente a las *acciones confesorias e hipotecarias no inscritas*, procedentes de *títulos* sujetos a inscripción. Es el sistema que se apoya en el artículo 32 de la ley. Los *títulos* sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito.

2.º Un tipo secundario de inmunidad de tercero frente a acciones *confesorias e hipotecarias, procedentes de actos no voluntarios*, o sea, situaciones nacidas fuera del Registro, sin título, por la *ley* o por *usucapión*. Este sistema se deriva del artículo 13 de la ley. Los derechos reales nacidos de *hechos* no inscritos no perjudican a tercero inscrito. [A salvo, viene a decir más adelante, la cuestión de los derechos patentes y el art. 36 LH.<sup>83</sup>]<sup>84</sup>

3.º Un tipo terciario de inmunidad frente a *acciones reivindicatorias, revocatorias o resolutorias, que no consten en el Registro* y que se concretan en el mal llamado principio de fe pública<sup>85</sup> encerrado en el art. 34 de la Ley, aunque en relación con el 36".<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 251. *Op. cit.*, Págs., 223 a 231.

<sup>84</sup> La usucapión a que debe hacer referencia NÚÑEZ LAGOS en relación con el art. 13 LH., para decir que los derechos reales limitados adquiridos por usucapión y no inscritos en el Registro, no perjudican a tercero inscrito, debe ser una usucapión *relativa a finca no inmatriculada*. Así, el inmatriculante puede desconocer los derechos reales limitados adquiridos por usucapión sobre dicha finca. Decimos que la usucapión debe ser relativa a finca no inmatriculada, porque si lo estuviese, estaríamos en presencia de una usucapión contra tabulas que tiene una regulación especial en el art. 36 LH. y que *puede perjudicar a tercero*.

<sup>85</sup> Tal principio correspondería mejor a los sistemas de sustantividad de la inscripción o a aquéllos derivados de un equilibrio conciliador entre los sistemas de publicidad y de sustantividad, como el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del B.G.B.. En el B.G.B., la aparición del tercero dota de fe pública al asiento precedente, convirtiéndolo en un documento exacto e íntegro en beneficio del tercer adquirente de buena fe. En el sistema español, en cambio, el asiento previo nulo o inexacto *puede desaparecer*, siendo sustituido por otro nuevo que vale en todo salvo en lo que perjudique a tercero. "En España, pues, se trataría de una fe pública... sin texto, sin documento, porque el texto o documento, en el supuesto de nulidad ha desaparecido". Por ello dice el autor que el art. 34 recoge un tipo terciario de inmunidad *mal llamado principio de fe pública*. (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro de la Propiedad Español*. RCDI, 1949. N.º 251, Págs., 244 a 247). Además en España no habría adquisición *a non domino* como en el B.G.B., en el que la fe pública es un modo de adquirir, sino que el efecto del art. 34 LH. sería el de una irreivindicabilidad. Posteriormente, NÚÑEZ LAGOS cambiará de postura a este respecto y admitirá que el efecto protector del art. 34 LH. es el de producir una adquisición *a non domino*.

<sup>86</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 251. *Op. cit.*, Págs., 219 a 222.

En el Derecho español - continúa NÚÑEZ LAGOS - perjudicaban a tercero, aunque éste ignorara su existencia, la acción real confesoria (que "por una tradición que arranca del Edicto perpetuo de Adriano" comprende "los derechos de servidumbre predial; las servidumbres personales regulares (usufructo, uso y habitación); las servidumbres personales irregulares (art. 531 CC.. español); los derechos del enfiteuta y los de los pensionistas en los censos"); la acción hipotecaria; créditos singularmente privilegiados con eficacia real y créditos simplemente privilegiados; la acción reivindicatoria y la acción publiciana. El perjuicio se producía tanto si la acción nacía de títulos (actos o contratos) como de hechos (usucapión, hipoteca legal). Para establecer la inmunidad del tercero *que se acogiera al Registro* se estableció la regla de que *lo no inscrito no perjudicaba a tercero inscrito*. Sin embargo esta regla no se admitió en su total integridad por exceptuar la acción reivindicatoria.

Así pues, en opinión de este Notario, en el Derecho español bastaría para ser protegido frente a acciones confesorias o hipotecarias (en la hipótesis de que la inscripción de hipoteca no fuese constitutiva), nacidas de títulos o de hechos no inscritos, con que el tercero se acogiera al Registro, es decir, inscribiera su propio título. Para ser protegido frente a acciones reivindicatorias extrarregistrales, el tercero inscrito debería reunir los requisitos del art. 34 LH en relación con el art. 36.

En esta regla general de que lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito, el tercero - continúa NÚÑEZ LAGOS - es un tercero interno, que está dentro del Registro y viene determinado por una relación jurídica no inscrita. La "ilesión" del tercero inscrito no implica, sin embargo, la muerte de los derechos reales extrarregistrales, que son eficaces *erga omnes* mientras no choquen con la inmunidad del tercero inscrito.

"¿Qué requisitos necesita este tercero interno para su protección? Nada más que uno: inscribir. Ni siquiera hace falta como en el artículo 34 que exista una previa inscripción. ... Los requisitos de *onerosidad* y *buena fe* no se exigen al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica."

Ni siquiera es exigible la buena fe porque cuando se redactó el art. 23 LH. 1861, *a la vista del modelo del art. 1º de la ley belga de 1851*,<sup>87</sup> "cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente GÓMEZ DE LA SERNA", se prescindió *deliberadamente* de las palabras "sin fraude", que habían sido incluidas en aquella ley por el Parlamento belga, más no en su proyecto originario. Por ello no cabe exigir en el precepto español la buena fe.<sup>88 89</sup>

Respecto a la génesis de los artículos 23, 33 y 34 LH. 1861, explica que el artículo 23 fue tomado por GÓMEZ DE LA SERNA de la Ley belga de 16 de diciembre de 1851.

En cuanto al art. 33, se estableció como limitación al art. 23 para evitar que, interpretado con rigor este precepto, se entendiera incluido en el mismo la acción reivindicatoria extrarregistral (*que no podría ejercitarse frente a tercero inscrito*) y resultase así que la inscripción (inatacable por títulos de dominio anteriores), en la inmensa mayoría de los casos, viniese a convalidar títulos inválidos frente a acciones de nulidad y de reivindicación derivadas de títulos anteriores no inscritos. Declarando que la inscripción no convalidaba los actos y contratos nulos se aclaraba que la reivindicación no se detenía nunca ante el Registro.<sup>90</sup>

Pero la limitación al artículo 23, hoy 32, podía dejar a la propiedad sin garantías y por ello se acordó limitar la limitación, por la vía de proteger al tercero que adquiere su derecho confiado en que el Registro le dice quién es el verdadero propietario. Así resulta el siguiente sistema: al tercero civil inscrito no le perjudica lo no inscrito, gravámenes anteriores, (arts. 23 y 13 LH.) pero sí las acciones de ineficacia dado que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes. *A este tercero determinado por una relación jurídica extrarregistral no se le protege frente a la nulidad.* Pero si su asiento claudicante, que

<sup>87</sup> Art. 1º de la Ley de Hipotecas de 16 de diciembre de 1851: "Los títulos que sujetos al registro no hayan sido inscritos, no podrán oponerse á tercero que hubiere contratado sin fraude"

<sup>88</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 251. *Op. cit.* Págs., 236, 238 y 239.

<sup>89</sup> No obstante, de la lectura íntegra del artículo resultaría que al tercero le perjudicarían los derechos reales *patentes*, porque el principio de publicidad *también actúa fuera del Registro*, de tal manera que la evidencia haría inexcusable su ignorancia, no pudiendo invocar ésta, y perjudicando por ello el derecho patente al tercero inscrito.

<sup>90</sup> NÚÑEZ LAGOS parte de la nulidad de los actos de disposición sobre finca ajena, que no puede convalidar el Registro, salvo por la vía del art. 34 LH. Se refiere a disposiciones sobre cosa ajena que nunca fueron de la propiedad del transmitente, pues los casos de doble venta por un mismo vendedor estarían contemplados en el art. 1473.2 del CC. del que ofrece una interpretación, que más adelante veremos, alejada del tipo primario de inmunidad del art. 32 LH. y del tipo terciario de los arts. 34 y 36 LH..

encierra un acto o contrato nulo, ha inducido a error a un adquirente posterior, la acción de nulidad o resolución que se dirija contra él *no afectará a dicho adquirente. Tampoco lo hará la reivindicatoria, incluida en el ámbito del artículo 34 porque según la jurisprudencia y convicciones entonces vigentes*, para poder ejercitar dicha acción, si el poseedor contra quien se dirigía [en nuestro caso el tercero del art. 34 LH.] *tenía título, previamente o a la vez debía ejercitarse la acción de nulidad de dicho título*. Es decir, que muchas acciones de nulidad eran condición de ejercicio de acciones reivindicatorias. Luego si la protección frente a la acción de nulidad del título se regulaba en el art. 34 LH., también se regulaba en este precepto la protección frente a las acciones de reivindicación que originaban aquéllas.<sup>91</sup>

Hasta aquí NÚÑEZ LAGOS ha dejado claramente sentada la diferente eficacia que, en orden a la protección del tercero tendrían los artículos 23 (hoy 32) y 34 LH. y los diferentes requisitos exigidos para obtener la correspondiente protección. Le resta ahora señalar los distintos caracteres de los terceros mencionados en uno y otro artículo. En su opinión, los terceros de los artículos 13 y 32, y 34 LH, pueden diferenciarse:

Por la relación jurídica determinante: Está fuera del Registro en el caso de los artículos 13 y 32, siendo existente de hecho pero sin forma documental (art. 13) o bien teniendo forma documental (art. 32). En el caso del art. 34, la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento previo al del tercero, y tiene forma documental de carácter registral.

Por la conexión con la cosa, que en el caso del art. 32 se verifica mediante un título oneroso o gratuito, mientras que en el caso del art. 34 se verifica mediante la inscripción, siendo la conexión siempre a título oneroso.

Por el sujeto determinado, que en el caso del art. 13 y 32 LH es un tercero civil que inscribe, sujeto pasivo inmediato de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita, frente a la que esgrime como excepción su condición de tercero. En el caso del art. 34 estamos ante un tercero hipotecario definido con relación a un asiento precedente del que deriva su titularidad.  
" ... Es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las

---

<sup>91</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 250. *Op. cit.*. Págs., 140, 141, 159 y 160; N.º 251. *Op. cit.*. Págs., 241 a 243.

acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitente*." La única acción que cabe contra este tercero es la que tenga por objeto destruir su cualidad de tal, discutiendo la naturaleza onerosa de su título, o su buena fe.<sup>92</sup>

Reflexionando sobre el trabajo de NÚÑEZ LAGOS nos ha parecido ver ciertas contradicciones internas en el mismo. La primera, hablar de la influencia de la ley belga en el artículo 23, tan poderosa que su redacción se habría tomado del artículo 1º de aquélla, y sin embargo, no incluir en su ámbito de aplicación la doble venta, que sí que estaba incluida en el ámbito de aplicación del art. 1º de la LH. belga de 1851.<sup>93</sup>

La segunda, entender que la existencia extrarregistral de derechos reales, determina un *supuesto de inexactitud del art. 40 LH* y no interpretar los arts. 13 y 32 LH., con arreglo al art. 40.a) en relación con el art. 40 *in fine*. NÚÑEZ LAGOS vertería esta contradicción al decir que el B.G.B. puede admitir el concepto de buena fe con gran amplitud porque en su sistema la inexactitud del Registro "tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por lo tanto muy pocas posibilidades". En cambio - dice - "... en el sistema español *la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos reales legalmente válidos fuera del*

<sup>92</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 251. *Op. cit.*. Págs., 250 y 251.

<sup>93</sup> MARTOU, en sus comentarios a la LH. belga de 1851 había afirmado rotundamente que la inscripción determinaba la *preferencia* entre los diversos adquirentes del mismo inmueble. MARTOU. *Comentaire de la loi du 16 décembre 1851*, I. Pág., 101. (Citado por NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 250. *Op. cit.*. Págs., 157 y 159). En cambio, NÚÑEZ LAGOS no subsume *una preferencia entre títulos de dominio procedentes del mismo auctor* en el art. 32 LH.. Entiende que el caso de doble venta está contemplado por un precepto específico: el art. 1473 CC., que es "*un precepto atributivo de la propiedad*" (<< *la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro* >>), siendo aquí la inscripción un modo de adquirir el dominio por la Ley (art. 609 CC.), en lugar de por tradición. "El Código civil español ... arrastrando frases de los artículos 982 y 1850 (*sic*) [debe referirse al art. 1859] del Proyecto de 1851, centra el problema [de la doble venta], no en la *preferencia* de un título y en la postergación de otro, [como hacía la LH. belga y el art. 32 LH. española con relación a los gravámenes] lo que sería un problema de valor o grado de eficacia [de los títulos en conflicto], sino en la adquisición de la propiedad, esto es, en la teoría de los modos de adquirir. Y a todo modo de adquirir la propiedad ,por contagio de la usucapión, le sigue como su sombra el requisito de la buena fe. Por eso el Tribunal Supremo exige para los inmuebles en el artículo 1473 la buena fe como implícita en la letra del Código." Para NÚÑEZ LAGOS, por lo tanto, el art. 1473 CC. establecería *un modo especial de adquirir el dominio por Ley*, y no una *preferencia entre títulos*, mientras que los arts. 32 y 13 LH. otorgarían al tercero, sobre la base de dicha preferencia, una *excepción*, que impediría hacer valer contra él los derechos reales limitados no inscritos, por otro lado eficaces *erga omnes*. (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 250. *Op. cit.*. Págs., 159 y 160, nota 12).



***Registro, es de una gran amplitud. Por eso, la llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34, y no en el de los artículos 13 y 32".***<sup>94</sup>

De estas palabras parecería desprenderse que, por un lado, la falta de acceso al Registro de un derecho real inmobiliario es una causa de inexactitud de *un contenido registral rectificable*, pero que, por otro lado, como tal inexactitud es muy frecuente en el Derecho español, al ser declarativa la inscripción (no constitutiva, salvo excepciones<sup>95</sup>) y voluntaria, resulta imprescindible que los arts. 13 y 32 LH. sean autónomos de los arts. 40 a) y 40 *in fine* y 34 LH., bastando con **inscribir** para que un sujeto sea protegido frente a relaciones jurídico - reales no inscritas. ¿No hay aquí un salto en el vacío?

La tercera contradicción interna que advertimos consiste en excluir del ámbito de aplicación del art. 32 LH., en su interpretación autónoma del art. 34 y 40 LH., la acción reivindicatoria, cuando el texto literal del precepto afirma que los títulos de dominio no inscritos, y por lo tanto, la acción reivindicatoria derivada del dominio no inscrito, no perjudican a tercero. La tesis de NÚÑEZ LAGOS suscita, así, al jurista ciertos recelos.

<sup>94</sup> Cfr.: NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 251. *Op. cit.* Págs., 251 y 252.

<sup>95</sup> La inscripción es constitutiva cuando el Registro interviene como un elemento más en la producción de la mutación jurídico - real. En el ordenamiento español la inscripción es constitutiva en los siguientes casos: hipotecas voluntarias y legales (arts. 145 y 159 LH. y 1875.1º CC.); derecho de superficie (art. 16.1 RH.); actos y contratos en favor de extranjeros (personas físicas y jurídicas) no comunitarios sobre bienes inmuebles que radiquen en zonas de acceso restringido a extranjeros por razones de interés para la defensa nacional; y actos y contratos en favor de personas jurídicas de un Estado miembro de la Comunidad Europea, pero cuyo capital pertenece en más de un 50 % a extranjeros no comunitarios o en las que tengan una situación de predominio los socios extranjeros no comunitarios y una decisiva influencia en su gestión (art. 21 de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional; art. 41 de su Reglamento de 10 de febrero de 1978 y art. 106 de la Ley 31/1990 de Presupuestos Generales del Estado para 1991. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho Hipotecario*. Tomo III. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Págs. 8, 15, 23 y 25; *Derecho Hipotecario*. Suplemento. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial S.A.. Barcelona, 1999. Pág., 23).

El art. 16 RH. fue modificado por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre. Sin embargo, la Sala 3ª del TS., en STS. de 31 de enero de 2001 (RJA. 2001/1083) ha declarado nulo el art. 16.1, en que se afirma el carácter constitutivo de la inscripción para el derecho de superficie, por considerarse que la atribución de carácter constitutivo a la inscripción de tal derecho excede los límites de un reglamento, al no exigir la Ley (art. 228 de la Ley del Suelo) tal requisito de constitución. A consecuencia de la nulidad de este y otros párrafos del artículo, dichos párrafos afectados deberán ser integrados con el contenido que antes de la reforma de 1998, les había dado el Decreto de 17 de marzo de 1959. Sin embargo, en la redacción que este Decreto dio al art. 16.1 (y que hemos de considerar redacción actual del mismo), también se indicaba que la inscripción del derecho de superficie era constitutiva, por lo que con relación a la actual redacción cabría que se reiterasen los argumentos de nulidad esgrimidos por el Tribunal Supremo. (LEYES HIPOTECARIAS. 6ª Edición. Concordancias y Notas a cargo de CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, con la colaboración de HELENA DIEZ GARCÍA. Aranzadi Editorial, 2001. Nota al art. 16 del RH.).

Una visión más entusiasta de las tesis vertidas en "*El Registro de la Propiedad español*" es la que se desprende del comentario que de dicho artículo realizó ALBERTO BALLARÍN MARCIAL para quien " ... la **construcción** de NÚÑEZ LAGOS es acertada y muy útil ... para una mejor inteligencia del artículo 32 y de otros de la Ley." (Negr. y cva. ntras.) <sup>96</sup> [Subrayamos el término "construcción" para hacer notar que la doctrina científica veía una novedad en este planteamiento de la dualidad de terceros en los arts. 32 y 34 LH., razón por la que difícilmente puede sostenerse que el art. 32 LH. "en clave dualista" recoge un tercero *tradicional* existente en España desde la LH. 1861. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.]

La idea de que en el sistema hipotecario español hay superpuestos tres tipos de eficacia de la inscripción, - dice BALLARÍN MARCIAL - combinada con su concepción particular del tercero para el caso de los arts. 32 y 13 LH., "como simple inscribiente y, sobre todo, *sin necesidad de buena fe*, constituye la tesis fundamental de NÚÑEZ LAGOS, que viene a distinguir dos sistemas de protección hipotecaria de terceros: el de los artículos 13 y 32 y el del artículo 34, frente a la doctrina clásica que integraba esos artículos en un solo sistema alegando que recogían los aspectos negativo y positivo de la fe pública.

O bien consideraban que el artículo 32 era inútil repetición del 606 del Código civil y estaba comprendido, por otra parte, en el artículo 34." [Estas posiciones clásicas serán analizadas más adelante]. <sup>97 98</sup>

"Frente a esta posición - continúa BALLARÍN MARCIAL - el mérito indiscutible de NÚÑEZ LAGOS es **haber iluminado con sus apreciaciones históricas, el ámbito del artículo 32** para hacer ver que no responde al mismo juego del artículo 34, sino que recoge para nuestro sistema ... las ventajas de los sistemas de prioridad, de transcripción. [Así pues, la base fundamental de la tesis dualista es un argumento histórico]. Muy interesante también es ver cómo relaciona ese principio con el de fe pública, a través del artículo 33, diciendo, citando a Pou, que era preciso evitar que la protección del artículo 32 se extendiese a los títulos ilegítimos, por lo cual se introdujo el artículo 33,

<sup>96</sup> BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO. *Vida jurídica. Comentario a la conferencia de NÚÑEZ LAGOS "El Registro de la Propiedad español"*. ADC., Julio - Septiembre 1949. Pág., 679.

<sup>97</sup> Ibidem. Págs., 679 y 680.

<sup>98</sup> Vid.: *ut infra*. Págs., ...

pero como entonces quedaba la propiedad sin garantías, hubo *que limitar la limitación* con el artículo 34."<sup>99</sup>

"El hecho mismo de figurar antepuesto [el art. 32] al 34 ya pone en guardia para presumir que el tercero a que se refiere es distinto del otro cuyos requisitos enumera aquel artículo ...",<sup>100</sup> argumenta BALLARÍN. Sin embargo, decimos nosotros siguiendo a ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL existen otros preceptos situados antes del art. 32 LH. que hacen referencia a *los terceros protegidos por el art. 34*, (art. 15.4) y a *un tercero protegido con arreglo al artículo 34*, (art. 31) hecho que permitiría presumir, que el tercero a que se refiere el art. 32 LH., como *protegido* frente a los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles no inscritos, *es el mismo tercero protegido en los preceptos anteriores, y en el posterior art. 34*. Pero volvamos al comentario de BALLARÍN.

Aceptando en lo fundamental la construcción de NÚÑEZ LAGOS, salvo en lo relativo a la buena fe, que BALLARÍN MARCIAL considera exigible al tercero del art. 32 LH., este autor va más lejos que aquél a la hora de fijar el nuevo ámbito de aplicación del art. 32 LH. " ... Este nuevo sistema de protección de terceros, ... - dice - no creemos que haya de limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias derivadas de títulos o hechos no inscritos, sino que tiene una *vigencia general* relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, ya sean de constitución de hipoteca o servidumbre o de transmisión de dominio, como ocurrirá en el caso de la doble venta. ... y *hubiéramos deseado que el autor se hubiese planteado francamente el problema de la doble venta en relación con el juego del artículo 32*. Tal vez sea ello [la ausencia de dicho planteamiento] consecuencia de utilizar con exceso el elemento histórico. Evidentemente el Registro se creó con vistas a acabar con las cargas ocultas del dominio, para lo cual se utilizó el sistema de la prioridad, que era suficiente para conseguirlo, pero más tarde se aplicó el mismo principio al caso de doble venta entre otras razones, porque se hacía lo mismo en el derecho francés ... . [El "*más tarde*" debe hacer referencia a la inclusión en 1889 del art. 1473 del CC., "*construido según los cánones de la prioridad para resolver la preferencia entre causahabientes del mismo titular*", según BALLARÍN. (Cva. ntra.)]. Y

<sup>99</sup> BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO. *Vida jurídica. Comentario a la conferencia de NÚÑEZ LAGOS ...*, Op. cit., Pág., 680.

<sup>100</sup> Ibídem.

es que los intereses a proteger son idénticos, tratándose del dominio, frente a un censo no inscrito, o del dominio frente a otro dominio no inscrito, si bien en el primer caso chocará contra el Registro una acción confesoria, y en el segundo, una reivindicatoria. *Así, pues, el párrafo segundo del artículo 1473 hay que conjugarlo con el artículo 32, tal como ha sido visto por Núñez Lagos.*" (Cva. y negr. ntras.) <sup>101</sup> De estos párrafos se desprende claramente que BALLARÍN postulaba ampliar la construcción de NÚÑEZ LAGOS a la colisión entre dos títulos de dominio, como efectivamente ha hecho la tesis dualista, realizando una interpretación latina del art. 1473.2 CC. <sup>102</sup>

Posteriormente, NÚÑEZ LAGOS continuó defendiendo su tesis dualista del tercero hipotecario en diversos trabajos como *"Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad."* En este artículo el autor justifica la diferenciación entre los terceros de los artículos 32 y 34 LH. en el hecho de la tardía aparición de los artículos 33 y 34, en la gestación de la LH. 1861, diferentemente del art. 23, que habría estado presente con una u otra redacción desde un principio. "Pues bien - dice NÚÑEZ LAGOS - hasta la [redacción definitiva de la] Ley de 1861, no aparecen los arts. 33 y 34 de la Ley. Todo el sistema [de los trabajos previos] está basado en el que fue artículo 23 (hoy 32), al margen por completo del llamado principio de fe pública y del tercero hipotecario *derivado y apoyado* desde una previa situación registral. ... La protección del tercero, del tercero del art. 23, se basa única y exclusivamente en un *hecho*, en una mera *forma extrínseca*: la toma de razón del título en el Registro." <sup>103</sup>

<sup>101</sup> Ibídem.

<sup>102</sup> También TIRSO CARRETERO parecía lamentar que NÚÑEZ LAGOS hubiese reducido el tercero del art. 32 LH. a un tercer poseedor de finca gravada que queda inmune al inscribir de las acciones confesorias o hipotecarias no inscritas, pues esta explicación no permitía aplicar el autónomo art. 32 LH. a la doble venta. (Citado por CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. Tomo I. 2ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 1967. Pág., 263.)

Sin embargo, en nuestra opinión, aunque NÚÑEZ LAGOS no aplicaba el art. 32 LH. a la doble venta, como hemos visto antes, su particular interpretación del art. 1473.2 CC. conducía a resultados prácticos (e incluso teóricos) muy similares a los que se derivaban de la tesis de VILLARES PICO.

<sup>103</sup> En este artículo el autor insiste en ideas ya vertidas en *"El Registro de la Propiedad Español"* en torno a la diferenciación entre los terceros de los arts. 32 y 34 LH., si bien en el presente trabajo con la finalidad última de afirmar que el tercero al que se hace referencia en el art. 37 del Texto refundido vigente, en relación con la acción revocatoria o pauliana, es el mismo tercero que el del autónomo art. 32 LH.. Esta afirmación la basa en argumentos extraídos de sus investigaciones en el Archivo de la Comisión General de Codificación.

Parece ser que la Ley Hipotecaria de 1861 se habría fraguado en cuatro etapas o momentos:

1º.- El Ministro de Gracia y Justicia envió un anteproyecto (cuyo autor desconoce NÚÑEZ LAGOS) sobre el cual trabajó la Comisión desde un primer momento.

2º.- La Comisión discutió la Ley de hipotecas en 30 sesiones (desde el 28 de marzo al 20 de octubre de

El argumento, en nuestra opinión, no es concluyente, pues la tardanza en incorporar al texto definitivo de la Ley Hipotecaria el art. 34, pudo simplemente deberse a que éste fue "*el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley*", como se afirma en la Memoria Histórica de la Comisión de Codificación,<sup>104</sup> pero no tuvo por qué obedecer a un inicial propósito de instaurar una dualidad de sistemas de protección de terceros adquirentes, propósito que no queda suficientemente demostrado por el argumento de NÚÑEZ LAGOS. Por otro lado, una vez incorporado dicho artículo 34, se impone efectuar una interpretación sistemática de los preceptos legales relativos a la protección de terceros.

En el mismo artículo, NÚÑEZ LAGOS hace la siguiente clasificación de los terceros, en función de su posición respecto del Registro. "El tercero puede estar - dice - *dentro* del registro (arts. 32, 34, 37, etc.), que es la regla general al hablar de la Ley Hipotecaria. Pero también puede estar *fuera* del registro, que es al que conscientemente se protege al decir << sin

---

1857. L.9. Sección 3ª, núm. 125. Actas de 1857), aprobando un proyecto.

3º.- El Acta de 2 de diciembre de 1858 revela que la discusión del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, dio ocasión a que la Comisión acordara la inserción en la Ley de una serie de modificaciones y artículos. Resulta así un proyecto retocado.

4º.- La Ley de 1861. Hasta este momento no aparecen, dice el autor, los arts. 33 y 34.

Sin embargo, ya en el Anteproyecto del Ministerio se incluía un artículo 3º del siguiente tenor: "Careciendo los títulos de que se hace mención en los dos artículos precedentes de la toma de razón, no podrán perjudicar a tercero que haya cumplido por su parte con la misma solemnidad."

En las Actas de 1857, sesión de 6 de abril, se refleja la aprobación de un artículo 5º con la siguiente redacción: "Careciendo los títulos de que se hace mención en los artículos 2º y 4º de la inscripción en el Registro, no podrán perjudicar a tercero."

Efectuada una revisión del Proyecto por CORTINA y otra posterior por CÁRDENAS, el 6 de octubre de 1857 se aprueban los 41 primeros artículos del Proyecto retocados por CÁRDENAS, y entre los mismos, que constituyen la parte fundamental de la Ley, no aparece tampoco la fe pública del art. 34 ni el art. 33. Sí, en cambio, un art. 13 del siguiente tenor: "Los títulos mencionados en los artículos 2º y 4º que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero", y un artículo 16 relativo a las acciones rescisorias, incluida la pauliana. De estos datos deduce NÚÑEZ LAGOS, "puesto que el art. 34 no existía, que *los autores de la Ley tuvieron el art. 36 [entiéndase de la LH. 1861] como una aplicación del art. 23.*" y por consiguiente, que el tercero frente a la acción pauliana es el mismo tercero del art. 23 (hoy 32). (La acción pauliana, aún siendo personal, *ex parte actoris*, es real *ex parte rei*, y tiene efectos reales para el poseedor de la cosa, que no le perjudicarán si es tercero del art. 32 LH.). (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*. RGLJ., 1950. Págs., 573 a 581 y 623).

<sup>104</sup>

*Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de Cárdenas, Vocal de ella, y seguida de varios Apéndices que comprenden muchos informes, exposiciones y proyectos inéditos de la misma Comisión.* Publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1871. Págs., 170 y 171.).

perjuicio de tercero de mejor derecho >> o al suspender los efectos de la mal llamada fe pública de la inscripción <sup>105</sup> durante 2 años (arts. 28, 207 LH.)". <sup>106</sup>

El tercero externo al Registro puede ser:

**1) Un tercero externo por dominio:** Es el que acciona por su dominio pretendiendo, no un mejor grado en la jerarquía de los derechos reales, sino el reconocimiento de su titularidad real y la exclusión de la titularidad aparente o presunta que contradice la suya. "Son, pues, los casos de colisión entre titular real o civil y titular presunto o

<sup>105</sup> *Vid.: ut supra*, lo que decimos en la nota ... En este escrito el autor vuelve a insistir en que el sistema español no acoge la fe pública en beneficio de tercero porque cada inscripción tiene su propia autonomía, y se anula en todo caso (si contiene un título claudicante declarado nulo, como accesoria a dicho título), si bien su nulidad no perjudicará a tercero. (Art. 53 RH.: "Declarada la nulidad de un asiento mandará el Juez o Tribunal cancelarlo y, en su caso, extender otro nuevo en la forma que proceda según la Ley. Este nuevo asiento surtirá efecto desde la fecha en que deba producirlo, según sus respectivos casos").

En cambio, en los sistemas de fe pública en beneficio de tercero, la aparición de éste consolida el texto literal del asiento precedente. "Todos los asientos referentes a una misma finca forman un solo folio - folio real - y un solo texto (unidad de contexto) inalterable en su *literalidad* en beneficio de tercero." (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Tercero y fraude* ..., *Op. cit.*, Pág., 604). Únicamente existe en tales sistemas sustitución judicial del asiento por falsedad, pero no por nulidad del título del transmitente. (Ibíd. Pág., 608).

La misma posición sobre que el sistema español no es un genuino sistema de fe pública la sostuvo el autor en su trabajo "*Fe pública especial*", en los siguientes términos: "... La mención de titularidad es una presunción *iuris tantum* de titularidad y es absolutamente inconvertible en presunción *iuris et de iure*. Ese es el abismo que nos separa del sistema de genuina fe pública del B.G.B.; en éste, la mención de titularidad del transferente, la literalidad del asiento, en beneficio del tercero adquirente, se convierte en presunción *iuris et de iure*. No se mantiene al tercero adquirente en su adquisición, como en los sistemas español y suizo, sino al transferente en su titularidad, o más exacto, se mantiene la titularidad del transferente, sin posible rectificación. La mención registral de titularidad tiene literalidad o fe pública." En el sistema español, a diferencia del alemán, el asiento inexacto del transmitente es rectificable aunque exista un tercero del art. 34 LH., si bien tal rectificación no le perjudicará. El asiento previo no se petrifica en favor del tercero.

Así, por ejemplo: El art. 51.6 RH. - argumenta - impone al Registrador el deber de transcribir literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden establecidas en el título, para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba. Si no se transcribe alguna de las condiciones cabe que se haya incurrido en un error material (art. 212 LH.) o cabe que se haya cometido una falsedad (transcriptiva) del asiento, subsumible en la frase "cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente" del art. 40 d) LH.

Si se ejercita la acción de rectificación del asiento, se sigue un juicio declarativo en el que, cotejado el texto del título con el del asiento, se impone el texto de aquél, rectificándose el asiento. La presencia de un tercero del art. 34 no impide la rectificación, pero se mantiene la ileción del mismo (art. 40 *in fine* LH.)

Las condiciones omitidas, una vez inscritas por la rectificación ¿perjudicarán a sucesivos causahabientes del tercero del art. 34 LH.? - se pregunta - . Y responde: En un verdadero sistema de fe pública, no, porque la literalidad del asiento se petrifica y no cabe acción de rectificación una vez producido el asiento en favor del tercer adquirente. En cambio, en el sistema español, perjudicará a los causahabientes del tercero del art. 34 porque para ellos "la rectificación ha causado menciones resolutorias expresas en el Registro" (art. 34 LH.). El art. 34 "sólo salva individualmente al tercero 'manteniéndole' autónomo en su adquisición. Lo mismo indica el 40 *in fine* ..." (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Fe pública especial*. RDN., 1958. Págs., 61 a 63).

<sup>106</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Tercero y fraude* ..., *Op. cit.*, Pág., 582.

registral." ¿La titularidad registral cuestionada puede ser el dominio o cualquier otro derecho real salvo la hipoteca?. ¿Esta bien esta frase?.<sup>107</sup>

"En la Ley Hipotecaria se reconoce y se respeta este tercero en cuanto":

a) Titular de la acción de petición de herencia. Así en el art. 28 LH., que se refiere con el término tercero al heredero de mejor derecho, titular de la acción de petición de herencia, la cual si se entabla después de los dos años a que se refiere el artículo o si los herederos aparentes inscritos son herederos forzosos, no procederá contra el comprador de los bienes inscritos a nombre del heredero aparente, que sea tercero hipotecario del art. 34.<sup>108</sup>

b) En cuanto "titular de la acción reivindicatoria."<sup>109</sup> Frente a la acción reivindicatoria el sistema registral español no tiene más que un baluarte: el art. 34 LH." Pero este baluarte no funciona:

1) Por suspensión de sus efectos (art. 207 LH.) Por la posición inexpugnable que alcanza el subadquirente del inmatriculante a través del art. 34 LH., "la Ley considera que toda inmatriculación de finca en el Registro puede encerrar un despojo." Para evitarlo, sobreestima el expediente de dominio, por entender que la intervención judicial y las garantías procesales "alejan la posibilidad de que queden preteridos los titulares reales", y dispone la suspensión de la inmunidad del art. 34 LH. para todo subadquirente derivado de un asiento de inmatriculación obtenido por procedimientos distintos del expediente de dominio. "... El tercero externo, fuera del Registro, como actor por dominio, puede ejercitar pretensión [reivindicatoria] en cualquier tiempo frente a todo titular inscrito que no sea tercero del art. 34,<sup>110</sup> y frente a éste, durante los

---

<sup>107</sup> Ibídem. Pág., 588.

<sup>108</sup> Ibídem. Págs., 588 y 589.

<sup>109</sup> La Ley Hipotecaria no respeta al tercero externo en cuanto titular de la acción confesoria. *Cfr.: ut supra*, lo que dice NÚÑEZ LAGOS en cuanto a la protección que brinda el art. 32 LH. El tercero interno inscrito, que reúne simplemente el requisito de haber inscrito su título adquisitivo, podrá alegar frente a tal acción la excepción de su condición de tercero del art. 32 LH.

<sup>110</sup> Por lo tanto, también frente al segundo adquirente (en caso de doble disposición del art. 1473.2º CC.) que inscribe su derecho sin ser tercero del art. 34 LH. Sin embargo, es difícil sacar esta conclusión teniendo presente su interpretación del art. 1473 CC., que vimos antes.

dos años siguientes a la inmatriculación" de la finca por medio distinto del expediente de dominio.

2) Por cesar su eficacia en caso de gratuidad de la enajenación o mala fe del adquirente.

3) Por degradación de sucesor immune a sucesor común. Esta degradación le puede sobrevenir al tercero del art. 34 LH. "si no toma determinada actitud agresiva en el término de un año frente al *poseedor de hecho* de la finca" (art. 36 LH.) Si el poseedor de hecho no es inquietado (es consentido expresa o tácitamente por más de un año) continuará su posesión hacia la usucapión extraordinaria, y un día "armado de 30 años de posesión por sí o por sus antecesores, triunfará en la reivindicación."<sup>111</sup>

## **2) Un tercero externo por mejor derecho real o personal:**

a) Tercero externo por mejor derecho real. Son los titulares de derechos reales no inscritos *que perjudican al tercero interno*, como las hipotecas legales nacidas *ipso facto* y *ex lege* (arts. 194 y 196 LH.) y los derechos reales patentes, según la Jurisprudencia. "El actor pretende el reconocimiento y subsistencia de su derecho, postergando (pero no excluyendo), en la medida necesaria, el derecho del titular inscrito. El derecho real no inscrito, de esta forma, se equipara en rango al mismo derecho si hubiera estado inscrito antes de la adquisición de la finca por el demandado."<sup>112</sup>

b) Tercero externo por mejor derecho personal. Respecto de los derechos personales de crédito, el Registro no fija la prioridad por la llegada al Libro Diario. Un crédito que no llega al Registro o llega después que otro, puede ser de mejor derecho que el que se inscribió antes (arts. 1923.4º CC. y 44 LH.). Estos artículos establecen que los créditos preventivamente anotados en el Registro tienen preferencia sólo sobre los créditos constituidos con posterioridad a la anotación (o a la fecha del crédito inscrito). Ello se debe a que la anotación preventiva no altera la naturaleza personal del derecho ni confiere derecho real alguno.

---

<sup>111</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Tercero y fraude ...*, Op. cit., Págs., 589 y 590.

<sup>112</sup> *Ibidem*. Pág., 590.



Si bien el principio de prioridad no entra en juego, la anotación sirve para afectar una finca. "De otra forma, sin este gravamen en tiempo hábil, el tercero interno del artículo 32 y el del 34 recibirían la finca libre de cargas y el art. 20 y el párrafo 3º del art. 38 impedirían la anotación."<sup>113</sup>

El tercero que está dentro del Registro, o tercero interno, es un titular registral que invoca una inmunidad frente a un ataque desde el exterior. ("Todo titular registral en sí y por sí no es tercero", aunque todo tercero interno es titular registral.)<sup>114</sup>

Existen dos clases de terceros internos, el tercero del art. 32, frente al actor de mejor derecho titular de acciones confesorias o hipotecarias y el "tercero del art. 34, frente al actor de dominio (o tercero frente a la acción reivindicatoria, a la *petitio hereditatis* o a la acción de nulidad o resolución del título del transmitente)."

El tercero del art. 32 es un tercero civil en sí independiente del tracto sucesivo, en relación única con la acción real extrarregistral y sin apoyarse en el asiento precedente, que queda al margen de la litis. *Contra él se puede ejercitar ilimitadamente la nulidad de su acto o contrato y de su asiento* (art. 33 LH.).<sup>115</sup> El tercero del artículo 34, "no es independiente del tracto, sino que nace precisamente en él; se apoya en el contenido del asiento precedente." A este tercero *se le ataca por la inscripción precedente*, por el derecho del transmitente, incluso cuando se ejercita una acción reivindicatoria.<sup>116</sup> En efecto "toda reivindicación implica: Primero, que el dominio es exclusivamente del actor (*probatio diabolica*), y, por tanto, que los *transmitentes* registrales - uno o varios sucesivos - carecían de dominio o de la facultad de disponer (<< se anule o resuelva - dice la Ley - el derecho del otorgante >>), y segundo, que, en su consecuencia, es nula, por su naturaleza necesariamente derivativa, la subadquisición del tercero." Ahora bien, el ataque al tercero del art. 34 *sólo será eficaz si la acción*

---

<sup>113</sup> Ibídem. Págs., 590 y 591.

<sup>114</sup> Ibídem. Págs., 591 y 592.

<sup>115</sup> Parecería, pues, que para ser titular registral basta con inscribir un título (válido o no), pero para ser tercero del art. 32 es imprescindible la validez del título inscrito. Por eso, no todo titular registral es en sí y por sí tercero.

<sup>116</sup> Más adelante dirá que mientras el tercero del art. 32 LH. es sujeto pasivo directo e inmediato de una acción confesoria o hipotecaria, el tercero del art. 34 no es sujeto pasivo directo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va dirigida directamente contra su causante o titular del asiento precedente, y sólo indirectamente y por consecuencia contra el mismo tercero. (Ibídem. Pág., 602).

*reivindicatoria o de nulidad se apoya en causas que consten en el Registro (causa petendi registral).*<sup>117</sup>

También podrá ejercitarse frente a él acciones de nulidad de su título y de su asiento, pedidas por la contraparte o terceros interesados, en los casos en que éstos tienen acción por tratarse de verdadera nulidad *absoluta*.<sup>118</sup> Igualmente podrá ejercitarse contra él aquella acción que tenga por único objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza onerosa o lucrativa de su título o su buena fe.<sup>119</sup>

El tercero del art. 32 (que es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte, ya que no cabe ser tercero a título hereditario) no necesita más requisito que inscribir para quedar ileso de las acciones reales extrarregistrales, confesoria o hipotecaria. Es un tercero civil que inscribe. Para él, el Registro es un burladero."... La onerosidad y la buena fe, *conexas al momento adquisitivo*, no se exigen en el art. 32, que nada tiene que ver con la adquisición previamente consumada, y que, por referirse precisamente a un sistema de prioridad entre *títulos formados y perfectos con antelación*, queda al margen del principio de buena fe. No así en cuanto al alcance del *consilium fraudis*, porque el concepto de complicidad suprime al tercero para convertirlo en parte".<sup>120</sup>

A diferencia del tercero del art. 34, el tercero del art. 32 es un tercero que "vive autónomo y aislado en su asiento registral, sin derivarse ni apoyarse para nada en el asiento precedente." *Lo engendra el Derecho civil frente a la acción real*. El Registro no tiene parte en su formación. *Cuando accede al Registro, civilmente está ya completo y maduro*.<sup>121</sup> El tercero del art. 34, por el contrario, "es un tercero meramente registral, no existe sin la << previa inscripción >>, y se define por lo mismo con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad."<sup>122</sup> La previa inscripción es un requisito esencial, un elemento constitutivo, para el tercero del art. 34, que sólo existe *por* el Registro (por la previa

---

<sup>117</sup> Ibidem. Págs., 592 y 593 y 602.

<sup>118</sup> Ibidem. Pág. 594.

<sup>119</sup> Ibidem. Pág., 602.

<sup>120</sup> Ibidem. Págs., 597 y 598, 601 y 602.

<sup>121</sup> Ibidem. Págs., 604 y 605.

<sup>122</sup> Ibidem. Pág., 602.

inscripción, por la facultad de disponer de su titular) y *desde* el Registro (<< una vez que haya inscrito su derecho>>). En cambio, la previa inscripción es un elemento accidental para el tercero del art. 32, un elemento que no hace falta alguna, (aunque cuando existe, produce sus efectos sustantivos *positivos*, esto es, perjudica al tercero que después inscribe, si bien no produce efectos *negativos* o excluyentes, "que quedan circunscritos a la subsiguiente inscripción del propio tercero o última inscripción").<sup>123</sup>

Explica el autor que el título inscrito produce unos efectos sustantivos positivos y negativos. Negativos, consistentes en que los títulos no inscritos no perjudican a tercero que inscriba. (Art. 32 LH.). Positivos, consistentes en que los títulos previamente inscritos perjudican a tercero que después inscriba (art. 32 LH. *a sensu contrario*). "El perjuicio consiste en suprimir a ese tercero del art. 32 su inmunidad registral". "Dentro del Registro, titular de la inscripción previa y tercero subsiguiente quedan entregados a sus propias fuerzas meramente civiles." Los efectos positivos los produce el título y su asiento anterior o previa inscripción, mientras que los efectos negativos los produce el título y su asiento posterior o inscripción subsiguiente, y ambos títulos y asientos son substantivamente distintos e independientes.<sup>124</sup>

Podría parecer que la previa inscripción en sus efectos sustantivos positivos, no obstante su naturaleza esencial o accidental (según de qué tercero interno hablemos), *tiene siempre un mismo papel en cuanto al tercero*, ya sea el del art. 32 o ya el del art. 34: "El tercero hereda lo que dice el asiento precedente", ya sea un gravamen o una causa de nulidad o resolución, lo que podría hacer pensar en un único tercero. (Cva. ntra.).

Sin embargo, no es cierto - dice - que la previa inscripción produzca los mismos efectos positivos sustantivos, *de perjudicar lo inscrito anteriormente*, respecto de ambos terceros. Existen diferencias. En caso de previa inscripción frente a tercero del art. 32 "el atacante es el mismo titular de la inscripción previa e invoca un derecho real limitativo del dominio". En cambio, en el art. 34, el actor está fuera del registro (*sic*)<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Ibídem. Pág., 603.

<sup>124</sup> Ibídem. Pág., 606 y 607.

<sup>125</sup> No tiene por qué. Incluso es más fácil que esté dentro del Registro, sobre todo si hablamos de causas de resolución expresas de la titularidad del transferente. Piénsese, por ejemplo, en el aplazamiento del pago en

y pretende como acción principal o como accesoria de la reivindicación, la nulidad del título del otorgante y de su asiento, y como consecuencia, la del asiento del tercero del art. 34, en virtud de causas que consten en la inscripción previa o en otra aún más anterior.

El tercero del art. 34 está constitutivamente emanado del asiento precedente y hereda *por el Registro* la tara de su transmitente, si ésta consta en el asiento previo. El tercero del art. 32, como no se origina en el Registro sino fuera y antes de la inscripción, no hereda lo que dice el asiento precedente *en el Registro*, sino *antes y por el mecanismo del Derecho civil*, al ser un sucesor civil. Es decir, los títulos inscritos le perjudican por Derecho civil, antes que por el asiento previo.

"Por otra parte, si para el tercero del art. 34 las causas de nulidad o resolución en la previa inscripción afectan a la subsistencia de la titularidad a vida o a muerte, los gravámenes en la previa inscripción no pretenden revocar la titularidad del tercero, sino calibrarla, fijando su extensión y alcance frente a los derechos limitativos de la titularidad. Ni siquiera la hipoteca pretende revocar la titularidad, sino en último término transferirla en subasta pública, que es confirmarla".<sup>126</sup>

Las dos cualidades de tercero interno - continúa NÚÑEZ LAGOS - pueden confluir en un mismo sujeto.

Todo tercero del art. 34, es tercero del art. 32 y titular registral, mas no todo tercero del art. 32 alcanza la cualidad de tercero del art. 34, ni todo titular registral, la de tercero del art. 32. "Titular registral es la idea genérica; una primera cualidad determina al simple titular en tercero del artículo 32; una segunda cualidad yuxtapuesta a este tercero del art. 32 [el reunir los requisitos del art. 34 LH.] le convierte en titular del art. 34. La Ley dice: los títulos no inscritos <<no perjudican a *tercero* (artículo 32)>>, <<*El tercero* que de buena fe adquiera ...

---

una venta, que surte efectos en perjuicio de tercero si se ha dado a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (art. 11 LH.). Cumplida la condición, el sujeto que accionará contra el tercero será el titular de una inscripción anterior y no un actor que esté fuera del Registro (salvo que dicho vendedor que ejercita la acción resolutoria no tuviese inmatriculada la finca al vender y lo hubiese hecho el comprador). La verdad es que las diferencias que pretende establecer NÚÑEZ LAGOS en cuanto a los efectos positivos de la previa inscripción respecto de los terceros de los arts. 32 y 34 LH., nos resultan ~~un~~ tanto artificiales; por lo menos, la relativa a la figura del sujeto que ataca al tercero.

<sup>126</sup>

Ibídem. Págs., 607 a 609.

>> (art. 34). **El artículo 34 se refiere a quien previamente es tercero, esto es, al tercero civil del 32.** <sup>127</sup> (Negr. ntra.).

En otros estudios posteriores como "*Fe pública especial*", NÚÑEZ LAGOS siguió sosteniendo la dualidad de terceros de los arts. 32 y 34, <sup>128</sup> si bien en el trabajo mencionado parece imprimir un cierto giro a su construcción, al exigir buena fe al tercero del art. 32.

"El hecho de la inscripción - afirma - discrimina los títulos ... [en dos grupos] ...: títulos inscritos y títulos no inscritos. Y, a su vez, los títulos inscritos en otros dos: títulos *debidamente* inscritos y títulos *indebidamente* inscritos. Así, el artículo 606 del Código civil (32 LH.) dispone: << Los títulos ... que no estén *debidamente* inscritos, no perjudican a tercero>> .

La integridad del Registro se limita a un inventario de títulos. Los títulos no inventariados en el Registro no perjudican a tercero inscrito. ***Pero a condición de que este tercero ignore la existencia de tales títulos: de otra manera tendría conocimiento (34 LH.) de la inexactitud del Registro (40, a) LH.*** ... El previo conocimiento no es una excepción a la integridad del Registro: es sólo una parálisis de su eficacia inmunizante". <sup>129</sup>

Nótese, por un lado, que el autor ya no parece limitar la eficacia del art. 32 a una protección del tercero autónomo frente a gravámenes no inscritos, sino frente a toda suerte de títulos (incluido, por lo tanto, títulos de dominio), y por otra, que implícitamente considera a la falta de inscripción de títulos de dominio y otros derechos reales como un supuesto de inexactitud registral, hecho que da pie a preguntar, ¿entonces, por qué una interpretación del art. 32 desconectada de los arts. 34, 40 a), y 40 *in fine*, en cuanto a los requisitos de onerosidad y adquisición del que aparece en el Registro con facultades para transmitir o constituir el derecho real?

---

<sup>127</sup> Ibidem. Págs., 593 y 594.

<sup>128</sup> Cfr.: NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Fe pública ...*, Op. cit., Págs., 58 a 60. Aunque el artículo no tiene la finalidad de argumentar en pro de la tesis dualista, el autor parte en sus razonamientos de la dualidad de terceros.

<sup>129</sup> Ibidem. Pág., 57.

Una vez vistos los pilares fundamentales de la tesis dualista trataremos de dar una visión *más completa y sistemática* de la misma, con sus principales repercusiones en aquellos aspectos que más directamente atañan al objeto de la tesis (quién sea el tercero no perjudicado por los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles no inscritos ni anotados; esto es, quién sea el tercero del art. 32 LH.). Para ello seguiremos a GARCÍA GARCÍA, que parece haberse constituido en el principal paladín actual de la tesis dualista. Como podremos comprobar, las ideas inicialmente esbozadas por NÚÑEZ LAGOS y VILLARES PICO son desarrolladas por este Registrador de la Propiedad, derivándose así una doctrina particular en la interpretación de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes del Código Civil.

### III. EXPOSICIÓN COMENTADA DE LA TESIS DUALISTA TAL Y COMO LA FORMULA EN LA ACTUALIDAD SU PRINCIPAL ADALID, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

#### 1. Presentación preliminar.

La teoría o tesis dualista del tercero hipotecario es *una doctrina acerca de la interpretación de la Ley Hipotecaria* que entiende que hay *dos clases de tercero* en nuestra legislación hipotecaria: el tercero del art. 32, que únicamente necesitaría para ser protegido frente a títulos no inscritos, de la inscripción de su propio título y el tercero del art. 34, que para ser protegido frente a acciones de nulidad o resolución, requeriría haber adquirido, a título oneroso y con buena fe, algún derecho de persona que en el Registro apareciese con facultad para transmitirlo, y haber inscrito tal derecho. *El artículo 32, sería, pues, un precepto autónomo del art. 34* y respondería a un fundamento, unas ideas motrices, unos supuestos de hecho y unos requisitos para su aplicación, diversos a los del art. 34.<sup>130</sup>

*La tesis dualista serviría, además, de apoyo, a una tesis íntimamente enlazada con ella, relativa al carácter cuasiconstitutivo de la inscripción respecto a terceros en el sistema español.* Sobre la base de los artículos 32 de la LH. 1946, 606 CC. y otros, GARCÍA GARCÍA sostiene que aunque la inscripción en nuestro sistema no es constitutiva por regla general, sin

130

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo I. *Op. cit.*, Pág., 588.

embargo, puede decirse que es constitutiva de la plena eficacia "*erga omnes*" del derecho real, pues tal eficacia absoluta, sólo la obtendría el derecho real con su inscripción. Sólo el titular que ha inscrito tendría una acción real sin límites, mientras que el titular que no ha inscrito tendría una acción real limitada frente al que inscribió antes. Sin inscripción, el derecho real es derecho real y genera acciones reales, pero éstas no pueden ejercitarse con éxito contra terceros que inscribieron su título con anterioridad.<sup>131</sup> Ello, por efecto del principio de inoponibilidad que estaría contenido en el art. 32 LH..<sup>132</sup>

El dualismo, dice GARCÍA GARCÍA, no pretende trasladar íntegramente el sistema latino al sistema español. Reconoce simplemente que éste es mixto; mezcla del principio de inoponibilidad latino (art. 32) y del principio de fe pública germánico (art. 34).<sup>133</sup> ***Los autores dualistas defienden por ello la existencia de un principio distinto del de fe pública registral, el principio de inoponibilidad, con existencia autónoma.***<sup>134 135</sup>

Los dualistas están de acuerdo en que el supuesto de hecho de que parte el art. 32 y el 34 son distintos. Discrepan en torno a los requisitos a exigir al tercero para su protección, salvo en el de la previa inscripción del transmitente que entienden todos que NO es exigible

<sup>131</sup> Ibídem. Págs., 583 y 584.

<sup>132</sup> En la corriente dualista se relaciona la protección al tercero que meramente inscribió su título, frente a títulos no inscritos, con una especial eficacia de la inscripción, constitutiva del derecho real absoluto para dicho tercero (VILLARES PICO) o constitutiva de la eficacia *erga omnes* del derecho real (GARCÍA GARCÍA). VILLARES PICO parecería entender que el tercero del artículo 32, tal y como él lo define, es protegido frente a títulos no inscritos, porque ya desde 1846 se acogió en el Derecho español el valor constitutivo de la inscripción en cuanto a tercero. Es decir, ese especial valor que tendría en sí la inscripción sería la causa de la protección al tercero frente a títulos no inscritos. En GARCÍA GARCÍA el razonamiento parece inverso. La protección al tercero que inscribe, sentada categóricamente en el artículo 23 o 32 LH. es la que da pie para entender que la inscripción tiene carácter constitutivo de la eficacia *erga omnes* del derecho real inscrito, para dicho tercero. Sin embargo, como podremos comprobar más adelante, la diferencia de matiz entre uno y otro autor es más aparente que real, pues GARCÍA GARCÍA considera que el fundamento del art. 32 LH. (y por lo tanto, de la protección que otorga al tercero que contempla) radica en la eficacia de la publicidad registral como requisito constitutivo de la eficacia plena del derecho real. Viene así a coincidir con VILLARES PICO.

<sup>133</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 108.

<sup>134</sup> Ibídem. Pág., 110.

<sup>135</sup> En este sentido, la página WEB del Colegio de Registradores de la Propiedad (<http://www.registradores.org>; 7- III - 2001) mantiene una postura confusa, pues si bien por un lado parece admitir "oficialmente" la existencia de dos principios diversos, inoponibilidad y fe pública registral, al explicar el alcance del primero afirma: "El sistema se complementa con una importante presunción jurídica: lo no inscrito no perjudica al comprador. Su definición se contiene en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, **que revitaliza la plena confianza del comprador en los pronunciamientos del Registro**. Cuando pretenda adquirir, ya sabe que lo no inscrito, frente a él no existe". (Negr. ntra.)

pues el tercero del *art. 32 no tiene como fundamento la confianza en la apariencia registral, sino la propia publicidad registral de su título, unida o no a otros requisitos.*<sup>136</sup>

Según GARCÍA GARCÍA, una interpretación dualista de la Ley Hipotecaria podría favorecer el ir implantando progresivamente la inscripción constitutiva, primero frente a terceros (inscripción cuasiconstitutiva o conformadora de la eficacia *erga omnes* del derecho real) y luego *inter partes*.

Estas serían las líneas generales de la tesis sostenida por GARCÍA GARCÍA.

## **2. El argumento histórico como base de la tesis dualista.**

Dice GARCÍA GARCÍA que "... según resulta de *los primeros antecedentes de la legislación hipotecaria* de 1861, por ejemplo, el anteproyecto de 1848, *el « tercero » surge como una contrapartida de la no admisión de la inscripción constitutiva en España*". En la discusión habida durante los trabajos de la Comisión de Códigos entre GARCÍA GOYENA, partidario del sistema francés de transmisión consensual del dominio y LUZURIAGA, partidario de que la transmisión se operase por la tradición y la inscripción, terció BRAVO MURILLO y al terciar, surgió el tercero, "pues se llegó a la conclusión de que para los « efectos entre partes » la transmisión se rige por la legislación civil tradicional (tradición); *y en cambio para la adquisición del dominio y demás derechos reales respecto a todo tercero, es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad*. Es decir, lo que luego se ha denominado, *sistema de inscripción constitutiva respecto a terceros, no en las relaciones entre partes*".

"... Por tanto, cuando propiamente nació el concepto de tercero se tuvo en cuenta la inscripción como elemento determinante de la eficacia *erga omnes* del derecho real".

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 habría explicado claramente este criterio en aquellos conocidos párrafos: "*Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción*

<sup>136</sup>

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 113.



*en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción".*<sup>137</sup> Dicho criterio lo habría recogido a su vez la Ley en su artículo 23, al formular el principio de inoponibilidad propio de los sistemas latinos: lo no inscrito no puede perjudicar al tercero que ha inscrito.<sup>138 139</sup>

Llegados así al art. 23 de la LH. de 1861, explica GARCÍA GARCÍA que tal artículo tuvo una evolución a lo largo del tiempo diferenciada de la del art. 34 de la LH., lo cual justificaría su autonomía con relación a éste.

Inicialmente el art. 23 tuvo una importancia muchísimo mayor que la del art. 34. Prueba de ello sería, por un lado, que, "**a diferencia del art. 23**",<sup>140</sup> la aplicación del art. 34 se preveía dejarla en suspenso hasta que transcurriese un año de la entrada en vigor de la ley

<sup>137</sup> Este párrafo de la Exposición de Motivos de la LH. 1861 es, como dicen ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, uno de los fundamentos de la tesis dualista. Más adelante trataremos de explicar su verdadero sentido sobre la base de las investigaciones que hemos realizado en el Archivo de la Comisión General de Codificación.

<sup>138</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario ...*, Tomo I. *Op. cit.* Pág., 592. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 56 y 57.

<sup>139</sup> A propósito de esta tesis de la inscripción conformadora de la eficacia *erga omnes* del derecho real, ha dicho RODRÍGUEZ OTERO: "En nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo ... Por consiguiente, tal vez no sea muy exacto afirmar que la inscripción es conformadora de la eficacia real, puesto que el título y el modo tienen energía bastante para configurar un derecho real. Y este derecho real, por el hecho de serlo, tiene una eficacia *erga omnes*, porque *si no fuese así, no sería tal derecho real* ... La adquisición realizada fuera del Registro - mediante el contrato y la tradición - es siempre válida *erga omnes*, con algunas excepciones, ya que el adquirente extrarregistral no puede hipotecar y puede ser vencido, no por cualquier adquirente, sino por el protegido por la LH. *El adquirente, en virtud del título y la tradición, que pierde su derecho en beneficio del protegido por la inscripción, ha sido titular del mismo, con plenitud y erga omnes hasta el momento de perder su titularidad*" (Cva. ntra.) RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva*. RCDI., Julio - Agosto 1996. N.º 635, Pág., 1549).

Sin embargo, admite más adelante que el legislador de 1861, a pesar de haber tenido en cuenta la teoría del título y el modo, dijo, a propósito de la compraventa que << si no se inscribe, aunque - el comprador - obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción >>, con lo que *adelantándose a las doctrinas italianas admitió una especie de propiedad << relativa >> o una eficacia relativa de la propiedad*. "El comprador con título y tradición es dueño respecto al vendedor, pero no con relación a otros - los terceros - que han inscrito, lo cual dice mucho en favor de la tesis" de la inscripción conformadora de la eficacia *erga omnes* del derecho real. (Ibíd. Pág., 1550).

<sup>140</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 58.

(lo que luego se prorrogó por más tiempo). Por otro lado, que el art. 34, aparecía formulado como una excepción al art. 33.<sup>141</sup> Además, el tercero del art. 34, a diferencia del tercero del art. 23, no estaba del todo perfilado, pues se trataba de que no quedaba invalidado su título inscrito por otros títulos anteriores no inscritos o por causas que no resultasen claramente del mismo Registro pero, en cambio, podía invalidarse por otro título anterior inscrito. Para lograr tal protección sólo debía reunir los requisitos de previa inscripción e inscripción del propio título. Nada se decía de la onerosidad y buena fe.<sup>142</sup>

La reforma hipotecaria de 1869 habría potenciado la importancia del art. 34 LH., si bien manteniendo el carácter prevalente del artículo 23. El tercero del artículo 34 ya no quedaba perjudicado por títulos anteriores inscritos, si la inscripción practicada en favor del que ahora le transmitía, se había notificado a las personas que en los veinte años anteriores hubiesen poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubiesen reclamado contra ella en el término de treinta días. En la práctica, dice GARCÍA GARCÍA, no se usaba de este procedimiento, y por ello, el precepto fundamental seguía siendo el del tercero latino del art. 23, que era de aplicación directa, sin ningún sistema de notificaciones.<sup>143</sup>

Nueva reforma en el art. 34 LH. introdujo la Ley de 17 de julio de 1877. Si bien se suele entender que es la Ley que introdujo el requisito de la onerosidad en la adquisición del tercero, GARCÍA GARCÍA considera que su verdadero fin fue aclarar que el tercero del art. 34 es un subadquirente (un adquirente por negocio jurídico de un derecho real inmobiliario sobre finca inmatriculada; un causahabiente por negocio jurídico de un titular registral anterior),

---

<sup>141</sup> Art. 33: "La inscripción no convalida los actos ó contratos inscritos que sean nulos con arreglo á las leyes."

Art. 34: "No obstante lo declarado en el articulo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior tambien inscrito.

Lo dispuesto en este articulo no producirá efecto hasta un año despues que empiece á regir la presente Ley, y no será aplicable en ningun tiempo al título inscrito, con arreglo á lo prevenido en el art. 397 [inscripciones de posesión mediante informaciones posesorias], á menos que la prescripcion haya convalidado y asegurado el derecho á que se refiera dicho título."

<sup>142</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 57 y 58.

<sup>143</sup> *Ibidem.* Pág., 59.

mientras que el tercero del art. 23 no sería tal sino un mero adquirente de un derecho real inmobiliario que inscribe. La palabra tercero habría desaparecido del art. 34 LH. para no confundir al subadquirente con el tercero de los arts. 23 y 27. Además, con la reforma se estableció el requisito de que dicho subadquirente lo fuese a título oneroso; pero tal exigencia no se incorporó al art. 23.<sup>144</sup>

El Código Civil de 1889 habría dado una gran importancia al art. 23, al reproducirlo en el art. 606. Sin embargo, solo habría aludido indirectamente al art. 34 “*por la vía de remisión que hace el artículo 608 del Código Civil a los efectos de los asientos conforme a lo que resulta de la Ley Hipotecaria*”. Además, el Código, coincidiendo con las palabras de la Exposición de Motivos de la LH. de 1861, habría regulado la doble venta en el art. 1473.2, reconociendo la propiedad al adquirente que antes hubiese inscrito, es decir, al tercero latino del art. 23, sin exigirle mas requisito que la inscripción en el Registro (pues no alude a la buena fe ni a la previa inscripción del transmitente, y en cuanto a la onerosidad, resulta del supuesto de hecho de la doble venta, pero no porque el Código contemple el requisito específico de la onerosidad).<sup>145</sup> El Código habría reconocido, pues, en los arts. 606, 609 y 1473.2, que la inscripción es modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales frente a terceros que no han inscrito su título; la tesis de la inscripción cuasiconstitutiva frente a terceros.<sup>146</sup> Tras el Código Civil, la importancia del artículo 23 habría incluso crecido respecto a la que tenía en 1869.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, posterior al Código Civil, exigió en los casos de doble venta, buena fe en el adquirente que había inscrito su compra, a pesar del silencio a tal respecto de los arts. 23 LH., y 606 y 1473.2º CC.. “... Después de esa reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el tercero del art. 23 ... decrece en tanto en cuanto se le añade un requisito para su completa eficacia, como es la buena fe. Pero por lo demás, [dicha

---

<sup>144</sup> Ibídem. Págs., 59 y 60.

<sup>145</sup> Ibídem, Pág., 60.

<sup>146</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral...*, Tomo I. *Op. cit.* Págs., 331, 595 y 596.

jurisprudencia] no entra en el problema de la diferenciación entre los terceros de los artículos 23 y 34 de la LH".<sup>147</sup>

La Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 contempló un sólo tercero, el del art. 34, al haber suprimido el antiguo art. 23. Su Exposición de Motivos constituye un argumento para la tesis monista del tercero, al definirlo como *causahabiente del titular registral por vía onerosa*. No obstante, dice GARCÍA GARCÍA, hay que tener en cuenta que la Ley de 1944 fue sólo una "ley de reforma", no una nueva ley hipotecaria que borrara totalmente el pasado. Se reformaron una serie de artículos muy importantes pero sin destruir el edificio normativo que arrancaba de 1861. Por otra parte, en la misma Exposición de Motivos de la ley de reforma se señala algo trascendental para la tesis dualista y la inscripción cuasiconstitutiva:

*"La inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles ... Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal".*

Por eso, dice GARCÍA GARCÍA, *se mantiene el art. 313 LH.* (hoy 319) sobre inadmisión de documentos no inscritos y *se introduce irremediabilmente en el nuevo texto de la Ley Hipotecaria aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 un artículo 32*, de redacción idéntica al art. 606 del Código Civil. Ambos artículos están íntimamente enlazados, refiriéndose uno al aspecto procesal (art. 319 LH.) y el otro al sustantivo (art. 32 LH.), pero determinando ambos, en definitiva, que las acciones reales frente a terceros con título inscrito no puedan prevalecer.<sup>148</sup>

Otra razón por la que el texto refundido de 1946 hizo reaparecer el tercero latino en su art. 32, fue porque tal tercero seguía existiendo en el Código Civil en sus arts. 606 y 1473.2. El Gobierno no tenía autorización para reformar dicho Código, sino para armonizar los textos

<sup>147</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 61.

<sup>148</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo I. *Op. cit.* Págs., 593 y 594.

legales vigentes, por lo que para lograr tal armonización, y evitar lo que hubiera supuesto una reforma no autorizada del Código Civil, recogió en el art. 32 el contenido del art. 606 CC.. De este modo se salvó de la destrucción al tercero de la inoponibilidad, *el que tradicionalmente había contemplado la legislación hipotecaria y el Código Civil.*<sup>149</sup>

“Después de la reforma de 1944 - 1946 *se mantienen [ sic ] las dos posiciones entre los hipotecaristas: la tesis monista* que considera que el tercero del artículo 34 es el que contempla el concepto y requisitos del tercero en general, y por tanto, el artículo 32 no es más que una mera manifestación o desarrollo del artículo 34; y por otro lado, *la tesis dualista*, que entiende que el tercero del artículo 32 responde a un fundamento y requisitos diferentes que los del tercero del artículo 34”.<sup>150</sup>

Toda esta evolución legislativa a lo largo del tiempo, lo que pondría de manifiesto, es la distancia radical que mediaba entre uno y otro artículo; uno que permanece inamovible en sus requisitos iniciales para la protección del tercero, (mera inscripción más buena fe exigida por la jurisprudencia) y *prácticamente sin modificar*, y otro, que varía a lo largo del tiempo en su redacción, sin que sus sucesivas modificaciones afecten a aquél. Uno, pacíficamente admitido por todos desde un principio, el 23, *fundado en la negligencia de quien dejó de inscribir su título*, y otro, el 34, objeto de grandes discusiones entre los autores, hasta el momento actual en que su admisión se considera pacífica. Uno, situado dentro del conflicto entre títulos incompatibles; otro en el marco "de la nulidad del negocio jurídico y en el de la resolución de pleno derecho, de efecto retroactivo y real.”<sup>151</sup>

Hasta aquí el argumento histórico en que apoya GARCÍA GARCÍA su tesis dualista.

---

<sup>149</sup> Ibídem. Pág., 332 y Tomo II. Pág., 61.

<sup>150</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 62.

<sup>151</sup> Ibídem. Págs., 237 y 238.

### **3. El principio de inoponibilidad formulado en el art. 32 de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes. El tercero hipotecario del art. 32. Aplicación del principio de inoponibilidad al caso de doble venta.**

De acuerdo con los mencionados precedentes, es posible afirmar, según GARCÍA GARCÍA, que en el art. 32 de la Ley Hipotecaria vigente está formulado un principio hipotecario, distinto del de fe pública registral, consistente en que *lo no inscrito no perjudica al tercero que ha inscrito*. Recordemos el texto de dicho artículo:

"Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero."

El mismo principio reflejarían otros preceptos concordantes con el art. 32 LH., como los arts. 13, 319 y 225 LH; los arts. 606, 1473.2, 1526 y 1549 CC. y el art. 5 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.<sup>152</sup>

Este principio de inoponibilidad, vivo en los albores del sistema registral, cumpliría una función similar al principio de inscripción constitutiva pero sin los inconvenientes de ésta, al limitarse a los terceros y no afectar a las partes. El tercero que haya inscrito su título prevalece, *en virtud del efecto de su mera inscripción*, frente a los títulos y derechos no inscritos, siempre que el título que él haya inscrito sea un título válido y sin fraude. **Lo no inscrito es inoponible al tercero que ha inscrito, o lo que es lo mismo, sólo los derechos reales inscritos alcanzan total absolutividad como consecuencia de la inscripción o publicidad registral, no pudiendo ejercitarse frente al titular inscrito, acciones reales procedentes de derechos no inscritos.**<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 29 y 30; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH.*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Pág., 338.

<sup>153</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*, Págs., 31, 32 y 35.

El art. 32 LH. y concordantes estarían contemplando un tercero hipotecario ordinario, distinto del especial tercero del art. 34 LH. (con sus cuatro especiales y a veces difíciles requisitos), que podría ser definido como *cualquier titular registral de una inscripción vigente, que es parte en una relación jurídica inscrita en conflicto con otra relación jurídica no inscrita (relación jurídica determinante que se toma como punto de referencia para definir al tercero) respecto de la cual es tercero, y que siendo incompatible con la relación inscrita, no puede afectarle.*

GARCÍA GARCÍA tiene un concepto muy amplio de este tercero ordinario, porque incluye dentro de él al titular que adquiere e inscribe *cualquier derecho inscribible, frente al que no ha inscrito. Así incluye, por ejemplo, al arrendatario que inscribe su derecho, frente a otro arrendamiento no inscrito o frente al verdadero dueño.*<sup>154</sup>

La imposibilidad de afectación deriva precisamente del principio de inoponibilidad. El Derecho inmobiliario registral, ante un conflicto de títulos (o de dos relaciones jurídicas, una de las cuales, pretende afectar o perjudicar a la otra), decide resolverlo en el sentido de que aquel titular que inscriba, que no es parte en la relación jurídica que no ha tenido acceso al Registro, sea protegido, no siéndole oponible, la relación jurídica determinante no inscrita. El Derecho inmobiliario registral premiaría el simple hecho de dar publicidad a una relación jurídica con la no afectación de la misma por aquéllas que le son incompatibles.<sup>155</sup>

En conformidad con la definición dada del tercero hipotecario ordinario del art. 32, son terceros hipotecarios ordinarios el inmatriculante, el que reanuda el tracto sucesivo interrumpido mediante expediente de dominio o acta de notoriedad, los que siguen el expediente del art. 312 RH. (titulares de derechos reales limitados sobre fincas ajenas que no están inmatriculadas), y los que GARCÍA GARCÍA denomina "terceros enormemente diligentes", que serían aquéllos que acuden al Registro a presentar su título antes de estar presentado el título previo, que está rezagado, pendiente de elevarse a público o de cumplir los requisitos fiscales.

---

<sup>154</sup> Ibidem. Pág., 52.

<sup>155</sup> Ibidem. Págs., 30 a 56.

Dicho esto, veamos la aplicación de estos principios al paradigmático caso de la doble venta. A, dueño de una finca que no está inmatriculada, la vende sucesivamente a B y C. Los dos compradores son terceros civiles entre sí y están en posición transversal entre sí por proceder ambos de un mismo vendedor - causante. Imaginemos que los dos contratos han sido celebrados en documento privado. De momento tenemos a dos personas que tienen un derecho personal frente a A, consistente en el derecho a que la finca que ha sido objeto del contrato les sea entregada. Si A entrega la cosa a B (primer comprador), éste habrá adquirido el dominio frente a A, al haber cumplido con el requisito del título seguido del modo. Pero si B permanece al margen del Registro (no inmatricula la finca) y A otorga escritura de compraventa en favor de C, que sin ánimo fraudulento ni conocer el fraude que se verifica frente a B, inmatricula la finca, C adquirirá automáticamente el dominio *erga omnes*, por haber dado publicidad registral a su título adquisitivo, antes que B. *La inscripción tiene efecto de constitutividad erga omnes del derecho de C, y determina la inoponibilidad del derecho de B, relativo por la falta de inscripción.*

El hecho de que A ya no tuviese la posesión de la finca al otorgar la escritura pública de compraventa, no impide la traditio instrumental indispensable para poder inscribir en el Registro. Ello porque la única forma de desvirtuar la traditio instrumental, según GARCÍA GARCÍA, es por las declaraciones en contra de la misma que resulten de la propia escritura pública (como se desprendería del art. 1462.2 del CC.). Nunca por la falta de posesión real del *tradens*.<sup>156</sup>

Idéntica solución tendría el caso si A hubiese efectuado traditio instrumental en favor de B y C, y C, segundo comprador, hubiese sido el primero en inmatricular la finca.

#### **4. Fundamento e ideas motrices del art. 32 LH.**

Parece evidente que, planteadas así las cosas, el art. 32 LH. tendría un fundamento distinto al que tiene el art. 34. Mientras que éste fundaría la protección al tercero hipotecario especial que contempla en la *confianza en la apariencia*, ante supuestos patológicos de nulidad y resolución de efectos reales y retroactivos, y otorgaría una protección consistente en

<sup>156</sup>

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo I. *Op. cit.*, Págs., 669 y 670.



suplir la falta de título previo del transmitente, la protección que el art. 32 otorgaría al tercero hipotecario ordinario que contempla estaría fundada en la *eficacia de la publicidad registral como requisito constitutivo de la eficacia plena del derecho real*. La inscripción en el Registro no supliría en este caso una falta de título previo del transmitente sino que daría al tercero un modo de mayor eficacia que la tradición instrumental, en forma similar a la inscripción constitutiva pero frente a terceros, pues inter partes impera la tradición. La inscripción, que produce la posibilidad de conocer el derecho real, dotaría a éste de plena absolutividad, siendo por ello que frente al titular que ha inscrito el derecho real, no puede oponerse otro derecho real no inscrito (incompatible). *El titular que inscribió tendría, por la publicidad, un derecho más eficaz que los que lo han mantenido en la clandestinidad*. Este particular fundamento del art. 32 LH. ya habría estado presente en la LH. 1861, en su destacadísimo art. 23. En el planteamiento inicial del Registro por el legislador de 1861, por ser la primera vez que se establecía un Registro de la propiedad, no cabía que se buscara como fin primordial la confianza en la apariencia, sino precisamente *destacar la eficacia general de la inscripción frente a la clandestinidad*.<sup>157</sup>

El art. 32 LH. tendría también un segundo fundamento conectado con el anterior: *la lucha del legislador frente a la clandestinidad inmobiliaria*. Para llevar a efecto tal lucha es por lo que el legislador habría potenciado los efectos de la inscripción atribuyéndole eficacia plena en relación con la adquisición de derechos reales. (No se adquiriría un derecho real absoluto o *erga omnes* en tanto no se produzca la inscripción del título adquisitivo en el Registro). El art. 32 proporcionaría, por la inscripción, una seguridad jurídica general frente a lo no inscrito. El art. 34 LH., en el cual no estaría presente la idea de lucha contra la clandestinidad, daría un paso más en la seguridad jurídica, llegando a la plenitud de adquisición incluso cuando el título previo falta (por nulidad o resolución real del negocio jurídico adquisitivo del transmitente).<sup>158</sup>

Dado el distinto fundamento de los arts. 32 (lucha contra la clandestinidad y eficacia de la publicidad registral como requisito determinante de la eficacia *erga omnes* del derecho

---

<sup>157</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario* ..., Tomo II. *Op. cit.* Págs., 63 y 64.

<sup>158</sup> *Ibidem*. Págs., 65 a 70.

real) y 34 (confianza en la apariencia), entiende GARCÍA GARCÍA, que en uno y otro precepto se aprecian distintas ideas motrices.

Serían propias del art. 32 LH. las siguientes:

1. La idea de la *inoponibilidad*, que la doctrina italiana considera como un supuesto de ineficacia relativa del negocio jurídico (respecto a tercero), distinto de otros supuestos de ineficacia (nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión). Considera GARCÍA GARCÍA que a distintos supuestos de ineficacia es lógico que correspondan distintos preceptos sobre el tercero hipotecario y no un solo precepto, común a todos los supuestos, y de ahí la diferenciación entre el art. 32 y 34 LH., al primero de los cuales correspondería contemplar el supuesto de ineficacia definido como *inoponibilidad*.<sup>159</sup>
2. La idea del *conflicto de títulos*, que pone en conexión el principio de inoponibilidad con el de prioridad.<sup>160</sup> Ante tal conflicto, por decisión del legislador, quién sea el titular o adquirente lo decide el Registro, *la prioridad en la inscripción*. Los conflictos entre derechos reales sobre bienes inmuebles se resuelven atendiendo a la fecha de la inscripción, dado que dicha fecha es la fecha de la absolutividad *erga omnes* del derecho, mientras que la fecha del título es una fecha clandestina. El art. 1473.2 CC., concordante con los arts. 32 LH. y 606 CC., mostraría claramente como estamos ante un supuesto de conflicto de títulos. Adquiere la propiedad el que inscribe, de modo que la adquisición del que no ha inscrito es inexistente para él.<sup>161</sup> En el art. 34 LH., no estaría presente la idea de

<sup>159</sup> Ibidem. Págs., 71 a 75.

<sup>160</sup> Dice GARCÍA GARCÍA, que el principio de inoponibilidad y el de prioridad contemplan ambos la eficacia de lo inscrito frente a lo no inscrito o frente a lo inscrito con posterioridad, pero desde distintas perspectivas y que los dualistas dan una mayor importancia y ámbito de actuación al principio de prioridad que los monistas. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario* ..., Tomo II. *Op. cit.* Pág., 578).

<sup>161</sup> Los supuestos de conflicto de títulos a resolver mediante el principio de prioridad en favor del título primeramente inscrito, produciendo cierre registral para el título no inscrito e inoponibilidad de éste frente al titular inscrito han de ser conflictos entre derechos *absolutamente incompatibles* entre sí. Esto es:

Conflicto de dominios sobre un mismo inmueble, motivado por una pluralidad de transmisiones del mismo bien. El dominio inscrito excluye al que no accedió al Registro. P.e, art. 1473.2 CC..

Conflicto de varios derechos reales limitados recayentes sobre un mismo bien con incompatibilidad absoluta entre ellos; situación que se da en caso de conflicto entre derechos recayentes sobre el uso y disfrute.

*conflicto de títulos* sino la idea de *inexactitud registral*, producida por la falta de constancia en el Registro de las causas de nulidad o resolución de un negocio precedente.<sup>162</sup>

El artículo 32 LH. no puede ser interpretado de acuerdo con lo que resulta del art. 40.a) LH., [es decir, como viendo presente en él la idea de *inexactitud registral*, en lugar de la idea de *conflicto de títulos*] porque este artículo guarda relación con el art. 39 y éste hace referencia a situaciones de desacuerdo entre Registro y realidad jurídica, *que no están presentes en el artículo 32*. "En el caso del artículo 32 no puede hablarse de ese desacuerdo, pues simplemente hay una situación imprecisa o interina (colisión de títulos) en que no cabe decidir previamente que hay *inexactitud*, sino estado previo a la inscripción. Sólo cuando un título se inscribe es exacto por virtud del Registro y el otro queda como si dijéramos *inexacto*. Hablar de *inexactitud* en este caso es desconocer el mecanismo de actuación del artículo 32. Se verá más claro en el supuesto del artículo 1473 del Código Civil, que es una de las posibles versiones del artículo 32: « Cuando una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores la propiedad *pertenecerá* al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad ». El tópico de la *inexactitud* <sup>163</sup> se olvida de que antes de la

---

P.e., constitución de una pluralidad de usufructos simultáneos recayentes sobre la totalidad del mismo bien en forma contradictoria. El usufructo que primero accede al Registro prevalece sobre los demás. Igualmente, inscrito un derecho de usufructo no puede inscribirse un derecho de uso o habitación, (salvo que el usufructo sea por cierto tiempo y los otros derechos tengan carácter sucesivo).

Conflicto entre el adquirente del dominio y el adquirente de un derecho real limitado sobre el mismo inmueble. Caben dos situaciones en este caso:

a) Conflicto entre el adquirente del dominio como libre de cargas y el titular de un derecho real constituido antes de la adquisición del dominio, siendo el título de dominio el primero en acceder al Registro. El título no inscrito es inoponible al título de dominio inscrito.

b) Conflicto entre el adquirente del dominio como libre y un posterior adquirente de un derecho real constituido por el antiguo dueño, accediendo primeramente el derecho real limitado. El título de dominio no inscrito es inoponible al titular inscrito, si bien aquél podrá acceder al Registro en este caso (aunque afectado por el derecho real limitado previamente inscrito). Hay inoponibilidad, pero no cierre registral.

Hay que tener presente, no obstante, que estas soluciones pueden verse matizadas por la aplicación de otros principios hipotecarios. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...* Tomo II. *Op. cit.* Págs., 564 a 568).

<sup>162</sup> Ibídem. Pág., 76.

<sup>163</sup> Para GARCÍA GARCÍA, junto a los principios hipotecarios se han ido formando unos tópicos antihipotecarios, con cuya aplicación se destruiría o desfiguraría un determinado sistema registral. Uno de dichos tópicos es el tópico de la *inexactitud registral* "que se produce cuando se entiende este concepto en un

inscripción en el Registro la finca *no pertenece* propiamente a ningún adquirente; está en suspenso la adquisición [erga omnes] de la propiedad. *Inter partes* podrá decirse que ha habido un adquirente, pero a efectos de tercero [del art. 32 LH.] todavía no hay un adquirente, no se ha producido [por lo tanto] ninguna inexactitud. Precisamente si se adelanta a inscribir el título posterior hay que decir lo contrario de lo que señala el tópico, es decir, que antes no había inexactitud, pero que después de la inscripción la inexactitud está en lo no inscrito y no en lo inscrito.

Este es el sentido del artículo 32 y todos sus concordantes ... *Inter partes* la transmisión se produce sin inscripción o antes de la inscripción, pero en perjuicio de tercero no hay transmisión sin inscripción". Por lo tanto, no hay que interpretar el artículo 32 LH., de acuerdo con el artículo 40.a), dada su distinta mecánica, sino interpretar el artículo 40.a) de modo que no se oponga "a la interpretación que resulta legalmente del artículo 32". "... [El] artículo 40 tiene relación con el 39 y sólo se aplica cuando exista un desacuerdo entre realidad jurídica y Registro, no cuando la realidad jurídica es la que dice el Registro y no otra (arts. 1473 y 606 CC. y 32 LH.). Desde esta perspectiva, el supuesto del artículo 40.a), habría que aplicarlo en las relaciones *inter partes*, no en el caso del 32." <sup>164</sup> "... En el campo de las relaciones entre partes no entra el artículo 32, y en ese aspecto sí puede hablarse de que existe inexactitud. Pero respecto a tercero no hay inexactitud, [al no haber habido transmisión eficaz *erga omnes*] sino colisión de títulos, que se resuelve no por la vía del artículo 34 (tercero subadquirente con cuatro requisitos) sino por la vía del artículo 32 (tercero que inscribe su título al que es inoponible el título del que no ha inscrito)". <sup>165</sup> <sup>166</sup>

---

sentido amplísimo comprensivo de supuestos que nada tienen que ver con la inexactitud registral". Se incurriría en dicho tópico, ampliando el ámbito de la inexactitud y del principio de fe pública a los supuestos del artículo 32 y 37 LH., que serían supuestos de conflicto de títulos y de amenaza de inexactitud, respectivamente. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública*. En: "Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 451 a 454).

<sup>164</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tópico de la inexactitud registral ...*, Op. cit. Págs., 454 a 456.

<sup>165</sup> *Ibidem*. Pág., 465.

3. La idea de *adquisición a domino*. Mientras que el supuesto de hecho contemplado por el art. 34 LH. es un supuesto de *adquisición a non domino*, el supuesto de hecho contemplado por los arts. 32 LH. y 606 y 1473.2 CC. sería un supuesto de *adquisición a domino*. Dice GARCÍA GARCÍA que hay que distinguir la doble venta [subsumible en los arts. 32 LH. y 606 y 1473.2 CC.] de la venta de cosa ajena (válida desde el punto de vista obligacional pero ineficaz desde el punto de vista real) [subsumible en el art. 34 LH.] <sup>167</sup> En el caso de doble venta [no así en el de venta de cosa ajena] hay un conflicto de títulos que el legislador resuelve prescindiendo del problema de validez o nulidad de los contratos y partiendo de que la venta eficaz [para determinar la adquisición de una propiedad *erga omnes*] es la que se inscribe. Ésta [segunda venta que se inscribe] *no puede ser tachada de nula ni por falta de objeto, ni de causa, ni de legitimación del vendedor*. La venta anterior no inscrita es simplemente inoponible a la inscrita, quedando limitada a una validez y eficacia en el plano obligacional de las indemnizaciones entre las partes y en el plano real relativo a otros terceros que tampoco inscribieron. La segunda venta inscrita procede del dueño. Es *a domino, a causa de la ineficacia relativa del negocio jurídico no inscrito frente al segundo comprador inscrito*.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> En otro lugar dice que el art. 40.a) LH. se refiere a supuestos en que el Registro está *muerto*, y se pretende reanimarlo mediante la inmatriculación, la reanudación del tracto o la rectificación. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 77 a 79).

<sup>167</sup> Para GARCÍA GARCÍA hay doble venta en el caso de que el propietario de un inmueble realice una doble disposición en favor de dos sucesivos adquirentes (es decir, realice una segunda disposición por venta, cuando ya ha habido transmisión por título y modo a un primer adquirente). Se trata de la doble disposición por un mismo *auctor* que tuvo el inmueble en su patrimonio. Diferentemente, en la venta de cosa ajena el vendedor estaría disponiendo de una cosa que nunca ingresó en su patrimonio.

<sup>168</sup> Explica el autor que en el art. 32 LH. no estamos ni ante un caso de nulidad de la adquisición previa del transmitente (lo que sería un caso de adquisición *a non domino* del art. 34 LH.) ni ante el caso de que la segunda venta que se inscribe sea nula por existir una venta anterior. Alguna vez se ha dicho que tal segunda venta inscrita era nula por falta de objeto, de causa o de legitimación del vendedor. Pero si esto fuera así nunca la segunda venta que se inscribiese en el Registro tendría protección registral dado el art. 33 LH., y nunca tendría aplicación el art. 1473.2 CC, ni tan siquiera cuando el segundo vendedor que inscribiese reuniese los requisitos del art. 34 LH., ya que este precepto se aplica sobre la base de que el negocio jurídico en que participó el tercero como parte es válido en sí mismo. Como esta solución sería absurda, "es claro que la segunda venta que se inscribe no es nula, ni puede configurarse como venta de cosa ajena, sino que se trata de un supuesto especial que tiene perfecta explicación desde la perspectiva dualista del tercero ...". "Para evitar la *reductio ad absurdum* no hay más remedio que interpretar el artículo 1473.2 CC. en la única forma posible a pesar de las desorientaciones de la doctrina, es decir, en el sentido de que la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida y deriva del dueño

(adquisición a domino), a diferencia de los supuestos de << venta de cosa ajena >> y de << venta sin objeto o sin legitimación >>." "... la segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos erga omnes, mientras que la primera venta no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron. "

El supuesto de doble venta es un supuesto especial de venta válida y de adquisición *a domino*, y no de venta de cosa ajena que pueda dar lugar a una adquisición *a non domino*. De lo contrario, "si así fuera, la doble venta desaparecería del mapa y quedaría sustituida por otras figuras ...". (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 80 a 82).

En su opinión fue errónea la STS. de 25 de julio de 1996 (RJA. 1996/5572) que aplicó el art. 33 LH. por entender que la segunda disposición por venta (tras una primera por donación *inter vivos*) era nula por falta de objeto o de causa. Tal interpretación - dice - hace inaplicable *ab initio* el art. 32 LH. y 1473.2º CC., lo que por *reductio ad absurdum* es inaceptable. La recta doctrina se encontraría en la STS. de 4 de marzo de 1988 (RJA. 1988/ 1554) "que descarta la teoría de la nulidad del negocio jurídico de segunda venta en el caso de doble venta", y en la STS. de 12 de julio de 1996 (RJA. 1996/5581) [en la que el Tribunal Supremo niega que la segunda disposición por título de compraventa carezca de objeto, afirma su validez, y descarta que la sentencia recurrida haya infringido el art. 33 LH., pues siendo el segundo adquirente tercero hipotecario de los arts. 34 y 32, y siendo su título válido, no le afecta el art. 33 LH.]. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 33 LH. en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 414 a 417).

De estas palabras de GARCÍA GARCÍA se desprende que el autor insiste fundamentalmente en dos ideas:

a) Por un lado, en que la doble venta no puede ser tratada como una venta de cosa ajena.

Es afirmación corriente entre la doctrina la de que, si efectuada una primera venta seguida de tradición, el vendedor vuelve a perfeccionar otro segundo contrato de compraventa posterior, el supuesto es de venta de cosa ajena, y no de doble venta (sólo existente cuando se efectúa un segundo contrato de compraventa antes de haberse consumado el primero). Esta afirmación de la doctrina, por otro lado cierta (art. 609 CC.), lleva a la lógica consecuencia de que, por falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del doble enajenante, el segundo negocio de disposición es ineficaz desde el punto de vista real, y que tal ineficacia *solo puede ser sanada mediante alguna de las adquisiciones a non domino que permite el Derecho español: la derivada de usucapión, o la derivada de la fe pública registral (arts. 34 y 40 in fine LH.)*.

Es preciso, pues, *si no quiere llegarse a estas consecuencias apuntadas*, (aplicación de la fe pública registral), insistir, como hace GARCÍA GARCÍA en que la doble venta, *aunque haya habido traditio en favor del primer comprador*, es un supuesto especial en el que no *puede configurarse la segunda venta que se inscribe, como venta de cosa ajena, sino como venta que procede del dueño*. Lo cual se justifica por alguna de las vías doctrinales propugnadas por algunos autores italianos. De este modo, se puede obviar la aplicación sistemática de los arts. 40 a) y 40 in fine, 34 y 32 LH. y 1473.2 CC., y ofrecerse una interpretación de los arts. 32 LH. y 1473.2 CC. autónoma del art. 34 LH... Este es el motivo, en nuestra opinión, de que el autor insista en diferenciar (tal y como él las entiende), la doble venta y la venta de cosa ajena. (*Cfr.: ut supra nota ...*)

b) Por otro lado, el autor insiste en que la segunda venta, cuando ya ha habido *traditio* en favor de un primer comprador, *no es nula por falta de legitimación del vendedor*, como dice que afirmaría la doctrina monista. Entender esto - concluye - impide toda aplicación del art. 1473.2 CC., e incluso del art. 34 LH., porque este precepto parte de la validez del negocio en que el tercero es parte. Aquí, en cambio, "la falta de legitimación del transmitente se daría en el mismo negocio *en que el tercero << es parte >> y en consecuencia tendría la tacha de nulidad del art. 33 de la LH., y la inscripción no convalidaría el acto nulo*." (Ibídem. Pág., 88).

Creemos que, en efecto, GARCÍA GARCÍA tiene razón cuando hace estas afirmaciones. No es posible entender que todo acto realizado por quien ya transmitió es *nulo por falta de legitimación dispositiva*, porque entonces nunca podría darse una usucapión ordinaria (al carecerse del título válido que exige el art. 1953 CC.) ni podría aplicarse el art. 34 LH., por impedirlo el art. 33 de la misma. Todo el sistema de protección de la fe pública registral caería, pues también habría que entender nulo, por falta de legitimación dispositiva, el acto otorgado por quien adquirió mediante título adquisitivo nulo o que fue resuelto con anterioridad al acto ahora otorgado. En nuestra opinión, el sistema español de protección registral y la usucapión ordinaria parten de la

Para justificar esta tesis de la adquisición *a domino* del segundo comprador, GARCÍA GARCÍA se apoya en autores italianos (MENGONI, CARNELUTTI, GIORGIANNI, FUNAIOLI, MAIORCA, GENTILE, MESSINEO, NICOLÒ) que también ven en la adquisición del segundo comprador transcrito, una adquisición *a domino*. Simplificadamente, las doctrinas sostenidas por dichos autores para explicar la adquisición del segundo comprador transcrito como adquisición *a domino* se reducen a entender:

- O que la transmisión no tiene plenos efectos hasta que se produce la transcripción, la cual sería elemento constitutivo de la adquisición.

---

validez del negocio jurídico otorgado por quien no tiene en su patrimonio el derecho que es objeto del mismo, (siempre, claro está que *exista buena fe en las partes, por lo menos en el comprador*, pues de lo contrario el negocio jurídico sería nulo por ilicitud de su causa. Art. 1275 CC.. Cfr. RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición...*, Op. cit. Pág., 144), y al mismo tiempo, de su ineficacia para producir efectos transmisivos del derecho. Tales negocios jurídicos dispositivos son precisamente los aptos para obtener una usucapción ordinaria del derecho que se pretendió adquirir, o una adquisición *a non domino* sobre la base de la fe pública registral. (Cfr.: ALBALADEJO, MANUEL. *Donación mortis causa, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.ª) de 25 de julio de 1996*. RDP. Tomo LXXXI; junio 1997. Págs., 499 y 500). Así pues, tienen razón GARCÍA GARCÍA y ALBALADEJO cuando consideran que la STS. de 25 de julio de 1996 (RJA. 1996/5572) erró *técnicamente* en el razonamiento vertido en el fundamento de Derecho 7º. En éste, el Tribunal niega que la sentencia recurrida haya infringido el art. 34 LH. porque el primer requisito para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario ha sido concretado por reiterada y uniforme jurisprudencia de la Sala I en el sentido de que el acto adquisitivo del tercero ha de ser válido, *requisito que no concurre en el caso examinado al haber declarado la sentencia recurrida que el contrato de compraventa por el que adquirió el recurrente era inexistente e ineficaz por haber sido otorgado por quien ya no era propietario*. [Sobre esta sentencia pueden verse, aparte del comentario citado, los siguientes: ADÁN GARCÍA, Mª EMILIA; JARILLO GÓMEZ, JUAN C.; DELGADO GARCÍA, ALFREDO. *sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1996: Donación mortis causa. Doble venta. Tercero hipotecario*. BCRP. Año XXX; Nº 23 (2ª época); Febrero 1997. Págs., 446 a 447. BARBER CARCAMO, RONCESVALLES. *Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia. Doble disposición y venta de cosa ajena. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1996)*. RCDI., marzo - abril 1998. Nº 645. Págs., 493 a 522. CUENA CASAS, MATILDE. *Sentencia del TS de 25 de julio de 1996: Donación inter vivos y mortis causa. Venta posterior. Nulidad. Tercero hipotecario. Aplicación del art. 34 LH. y 1473 CC. CCJC. Nº 43; enero - marzo 1997; Ref. 1157. Págs., 109 a 128.*]

Igualmente convenimos con GARCÍA GARCÍA en que la afirmación de que toda segunda disposición del mismo causante es nula por falta de objeto o de causa impide *ab initio* aplicación alguna de los arts. 32 LH. y 1473.2 CC., ya sea en clave dualista, ya en clave monista, e incluso del art. 34 LH.. Por lo que tales afirmaciones tan categóricas, *sin matizar*, no sería posible formularlas en el contexto del Derecho civil español.

Ahora bien, consideramos que el convenir en estos puntos con GARCÍA GARCÍA es perfectamente compatible con el sostenimiento de una interpretación monista del tercero hipotecario y con la interpretación del art. 1473.2 en el ámbito de la fe pública registral, por lo que tales puntos no sirven como base para la defensa de una interpretación autónoma del art. 32 LH. en relación con el art. 1473.2 CC.. En otras palabras, el evitar la explicada *reductio ad absurdum* y la inaplicación *ab initio* del art. 1473.2 CC. y 32 LH.. no tiene por qué hacerse mediante el único camino de una interpretación dualista del tercero hipotecario y de la doble venta como adquisición *a domino*, sino que puede hacerse, por la vía que hemos explicado más arriba, y manteniendo, al mismo tiempo, una interpretación monista del tercero hipotecario y una interpretación del art. 1473.2 en relación con el art. 34 LH..

[Luego, hasta que no hay transcripción la propiedad permanece en el vendedor].<sup>169</sup>

- O que el primer comprador que no ha transcrito tiene *una propiedad relativa*, manteniendo también la propiedad el vendedor, mientras no hay transcripción, y apoyándose en tal propiedad el segundo comprador que transcribe antes, el cual adquiriría *a domino*, deviniendo único propietario frente a todos. Así, FUNAIOLI.<sup>170</sup>

<sup>169</sup> En nuestra opinión, cabría encuadrar como defensores de esta doctrina a CARNELUTTI y GIORGIANNI. Para ambos, la transcripción tiene carácter constitutivo, de modo que la adquisición no se produce hasta que aquélla se verifica. Por ello es preferido el segundo comprador que transcribe, frente al que no transcribe o transcribe después. (CARNELUTTI. *Processo di esecuzione*. 1931, II, Págs., 339 y ss. GIORGIANNI. *Diritti di godimento su cosa altrui*, I, Pág., 167. Citados por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*. RCDI., Julio - Agosto 1965. Nº 446 - 447. Pág., 816). También cabría encuadrar entre los defensores de esta tesis a GENTILE, aunque según GARCÍA GARCÍA, GENTILE, si bien no sigue la teoría de la propiedad relativa de FUNAIOLI, viene a mantener una propiedad relativa en el vendedor. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 85).

Para GENTILE, la adquisición del segundo comprador que transcribe es una adquisición a título derivativo por lo siguiente. En su opinión, tras la celebración de la compraventa inmobiliaria, el comprador [pese a ser el sistema italiano de transmisión del dominio meramente consensual] sólo deviene propietario potencial o bajo la condición legal de transcribir en el Registro su compraventa. Mientras tal transcripción no tenga lugar, no se habrá perfeccionado la separación de la propiedad de la persona del vendedor, que continuará siendo propietario de la misma de un modo temporal y condicionado (mientras no se practique la transcripción), estando legitimado para disponer del inmueble vendido. Así, mientras el primer comprador no inscriba, el vendedor podrá efectuar una segunda, tercera o sucesiva venta, generándose así un segundo, tercero o sucesivos adquirentes, los cuales serán sólo también propietarios potenciales o *sub conditione*. Sólo el comprador que antes inscriba su título se transformará en propietario puro y actual. La transcripción hace definitiva la adquisición que hasta aquel momento era sólo potencial y condicionada a este evento o *conditio iuris*. La inscripción es así una circunstancia constitutiva de la adquisición inscribible. No es un elemento del acto inscrito porque éste es perfecto como tal. Es una circunstancia porque es un hecho secundario y no principal. En relación con el vendedor, la transcripción actúa como suceso final que marca la extinción de su derecho de propiedad. (GENTILE. *Il nuovo Codice civile comentato*. 1958, VI, Pág., 7. Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., Septiembre - Octubre 1962. Nº 412 - 413. Págs., 595 y 596). En el fondo, consideramos que GENTILE niega el valor del contrato para transmitir el dominio, exigiendo contrato + transcripción. Por eso es preferible encuadrarle entre los que afirman el carácter constitutivo de la transcripción, antes que hacerlo entre los defensores de la propiedad relativa, pues si lo que "adquiere" el comprador, antes de transcribir, es una propiedad *potencial* [esto es, una capacidad de llegar a ser propietario] o una propiedad *bajo condición* [suspensiva de que se efectúe la transcripción], realmente *nada ha adquirido; no se ha producido ningún efecto real en su favor, y el vendedor continúa siendo, no propietario relativo, sino pleno propietario*.

<sup>170</sup> FUNAIOLI. "*La cosiddetta proprietà relativa*", en "Studi in onore di Antonio Cicu. Milán, 1951. Pág., 377. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH ... Op. cit.* Pág., 356.) En opinión de GARCÍA GARCÍA, esta *propiedad relativa* de FUNAIOLI es la que resulta de la Exposición de Motivos de la LH. 1861, del art. 606 y 1473.2º CC. y del art. 32 LH. y concordantes. (Ibídem).

Para FUNAIOLI, en tanto no se ha producido la transcripción, todos los sucesivos adquirentes de una misma finca son propietarios de ella en el siguiente sentido. La primera enajenación produjo la pérdida del



- O que en el supuesto de doble venta, las diversas enajenaciones del transmitente sólo entrañan un derecho resoluble, que se hace irrevocable por la transcripción propia y se desvanece por la transcripción ajena, la cual resuelve retroactivamente las adquisiciones previas [haciendo volver la propiedad al vendedor y pasando de él al comprador inscrito].<sup>171 172</sup>

dominio en el vendedor, *pero sólo respecto al comprador*, no frente a un segundo adquirente al que se vuelva a enajenar la finca. Por esta segunda enajenación, el vendedor transmite la propiedad al segundo comprador, pero *sólo la transmite frente a él (vendedor)*, no frente a otros posteriores terceros compradores. Respecto de estos terceros compradores el vendedor conserva la propiedad. Así sucesivamente puede originarse una cadena de *propietarios relativos* que sólo se rompe cuando cualquiera de ellos inscribe "desnivelando" esta ficticia igualdad. Dicho adquirente que transcriba su contrato devendrá único y absoluto propietario *a domino* frente a todos. La propiedad transcrita deviene así oponible a los restantes adquirentes. (Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI., Marzo - Abril 1991. N° 603. Pág., 640 y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág., 294).

MAIORCA y FERRI sostienen, en opinión de GARCÍA GARCÍA, una postura semejante a la de FUNAIOLI. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 84). Otros autores como CARIOTTA FERRARA y COVIELLO hablan en lugar de una propiedad relativa, de una ineficacia relativa del acto no transcrito. (LACRUZ BERDEJO. *Ibidem*).

<sup>171</sup> Esta opinión es sostenida por MAIORCA para quien las diversas enajenaciones del *tradens* << entrañan un derecho resoluble que se hace irrevocable por la inscripción propia y se desvanece por la ajena >>. La primera disposición no transcrita tiene una eficacia provisional. Esta disposición de eficacia provisional puede coexistir con otra disposición ulterior no transcrita tan provisional como aquella. Cada una, es un elemento constitutivo de un supuesto de hecho todavía incompleto. El primero que sea integrado [por la transcripción] tendrá preferencia y confirmará el cambio real que causó, quedando el otro inútil. La transcripción del segundo comprador, una vez producida, resuelve el derecho del primero, y lo retrotrae al disponente, dueño inicial. De ahí que la adquisición del que obtiene la protección registral sea *a domino* y sin contrincante alguno. (MAIORCA.. *Della trascrizione*, en *Commentario D'Amelio - Finzi. Tutela dei Diritti*. 1943. Pág. 139. Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral ...*, *Op. cit.*, Pág. 641 y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones ...*, *Op. cit.*, Pág., 294.) Esta posición doctrinal también la sostiene CORRADO. (CORRADO. *La pubblicità nel Diritto privato*. Parte General. Turín, 1947. Pág., 321. Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, *Op. cit.*, Pág., 816).

También NICOLÒ habla de resolución de las adquisiciones incompatibles no transcritas, operada por la transcripción. Este profesor de Derecho civil de Milán, que distingue entre adquisición *a non domino*, es decir, "derivada de alguien que nunca fue dueño (adquisición originaria); y adquisición *ex domino*, es decir, procedente de un sujeto que ya realizó un acto de disposición", caso del art. 2644 CC. italiano, considera que "el hecho objetivo de la transcripción consiente la producción de un efecto adquisitivo, que el acto transcrito no podría por sí tener, a causa de la precedente enajenación, y *resuelve desde su origen*, todas las adquisiciones incompatibles no transcritas, que se deberán tener como no efectuadas, salvo ... los efectos obligatorios internos entre [el] enajenante y el otro adquirente." La adquisición *ex domino*, deduce GARCÍA GARCÍA, vendría a ser así una adquisición *a domino*, dado que la adquisición no transcrita desaparece, quedando como un negocio meramente obligacional. (NICOLÒ, ROSARIO. *La trascrizione*. Milán, 1973. Págs., 22 y 119. Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 85 y 86).

Postura similar a la de MAIORCA es la de FERRI. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Ibidem*. Pág., 84). FERRI sostiene que << la enajenación no transcrita deviene inválida al instante de la transcripción del segundo adquirente y, en consecuencia, la propiedad revierte al enajenante del cual pasa en el mismo instante a aquél

Si se siguen las doctrinas italianas de la doble venta como supuesto de adquisición *a domino*, la interpretación del 32 LH. ha de partir en concordancia con dichas doctrinas de que "para el tercero que inscribe, la enajenación previamente realizada y no inscrita tiene un mero efecto obligacional, pues para él es como si no existiese, y no tiene efecto real. O bien, ese primer adquirente tenía una *propiedad relativa* o la tenía el vendedor que la conserva respecto a terceros, o sólo la inscripción permite la adquisición *erga omnes*, o bien la inscripción resuelve retroactivamente la previa adquisición".

Si efectivamente hay adquisición *a domino* en el art. 32 LH., dice GARCÍA GARCÍA, la diferencia entre los artículos 32 y 34 LH. es importantísima. No se trata de una mera accidentalidad de las diferencias entre uno y otro precepto, "sino de explicaciones totalmente distintas de dos supuestos contemplados en preceptos también distintos por el legislador hipotecario".

El art. 1473.2 CC. [concordante con el art. 32 LH.] confirmaría "esta interpretación de la adquisición *a domino*, [en caso de doble venta] puesto que dice: << Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores... si fuere

---

>>. (FERRI. *Trascrizione Immobiliare*. Bologna - Roma, 1955. Pág., 19. Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *Ibidem*. Pág., 641).

Para MESSINEO, que antes sostenía que el segundo adquirente que transcribía primero adquiría *a non domino*, (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 85), inscrita la adquisición del segundo o ulterior causahabiente, se produce la ineficacia sobrevenida (no la resolución) de la adquisición del primero, que no transcribió o ha transcrito después. << Aún no pudiéndose operar con el concepto de resolución y manteniendo firme el concepto de ineficacia, la adquisición del segundo causahabiente - dice - se convierte en adquisición *a domino* precisamente, porque la misma es, ante todo, adquisición válida y además porque el enajenante está, en virtud de la transcripción, legitimado *a posteriori* para enajenar al segundo causahabiente, y el poder de disponer del enajenante renace respecto de la segunda enajenación >>. Prueba de que el segundo comprador transcrito adquiere *a domino* es que el dominio pasa a dicho adquirente con todos los eventuales vicios con que lo ostentase el vendedor. (MESSINEO. *Derecho civil y comercial*. Tomo III. Buenos Aires, 1954. Traducción de Sentis Melendo. Pág., 577. Citado por MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *Ibidem*. Pág., 642).

<sup>172</sup> Otra posición doctrinal es la de MENGONI, quien niega que el art. 2644 CC. italiano (que establece que los actos transcribibles << no producen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del acto mismo >>) pueda servir de base a una adquisición *a non domino* protegida por la Ley. En este artículo, el problema de la adquisición *a non domino* no es tanto resuelto cuanto superado por la particular eficacia atribuida a la transcripción. El segundo adquirente que ha transcrito antes es adquirente *a domino* y esto explica precisamente la irrelevancia de su buena o mala fe. (MENGONI. *L'acquisto << a non domino >>*. Milán, 1949. Págs., 131 y ss; *Acquisto << a non domino >>*. En *Novissimo Digesto Italiano*. I, 1º, Pág., 244, nota 2. Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, *Op. cit.*, Págs., 815 y 816).

inmueble, la propiedad *pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro* >>. Comparando ese párrafo con el primero en el que se alude a que la propiedad se *transferirá*, si se hubiese vendido a diferentes compradores, el ... [art. 1473.2] dice que << la propiedad *pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito* >>, lo que es lo mismo que el << *transferirá* >> del primer párrafo pero aplicado a la inscripción. Esto quiere decir que en el supuesto de doble venta, el legislador considera a la inscripción como *adquisición derivada del vendedor y no como un problema de << adquisición a non domino >>*, pues el texto del precepto parte de que *el primer comprador que no inscribió no adquirió el derecho respecto al que inscribió*".<sup>173</sup>

Así pues, adquisición *a domino* en el art. 32 LH y adquisición *a non domino* en el art. 34. La tesis monista, por el contrario, considera que hay adquisición *a non domino* en uno y otro precepto. Explica la adquisición del tercero del art. 32 como una adquisición *a non domino*, por entender que se trata de una adquisición derivada de quien había dejado de ser dueño por haber transmitido el inmueble a otra persona.<sup>174 175</sup>

<sup>173</sup> Con palabras de GARCÍA GARCÍA, "la interpretación dualista del tercero en el caso de doble venta del art. 1473.2, en consonancia con los arts. 32 LH. y 606 del CC., consiste sencillamente en que el segundo comprador que inscribe prevalece frente al primer comprador que no inscribió, porque éste, aunque realizó una adquisición válida, no tiene fuerza suficiente por ser de eficacia relativa, carente de oponibilidad y de efectos frente al que inscribió, que por razones de publicidad registral y de seguridad jurídica, frente a la clandestinidad, debe prevalecer a modo de inscripción << constitutiva respecto a terceros >>, frente a los títulos y derechos no inscritos". Sea o no exigible la buena fe, "el supuesto de hecho es totalmente diferente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a un << subadquirente >> y no a un adquirente en colisión o conflicto con otro adquirente". (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 88).

<sup>174</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 80 a 88.

<sup>175</sup> Sin embargo, el entender que la adquisición del tercero del art. 32 LH. es una adquisición *a non domino*, no es privativo de la tesis monista, como el propio GARCÍA GARCÍA reconoce. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 82). Un dualista como MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ afirma que la adquisición del tercero del art. 32 LH. es una adquisición *a non domino*.

Para este autor las tesis de FUNAIOLI, MAIORCA, FERRI y MESSINEO "carecen de cierta defensa sustantiva". De la construcción de FUNAIOLI dice que "está falta de fundamento jurídico serio, pues no es ni concebible ni creíble que quien dispone de su derecho lo esté al mismo tiempo conservando, aunque sea frente a otras personas posteriores adquirentes. Disponer supone .... perder, 'vaciar' patrimonialmente en beneficio de otro; la propiedad es derecho exclusivo ... y su eficacia actuante afecta a todos." (MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación ...*, *Op. cit.*, Pág., 641). Más adelante, insiste en su crítica de la que llama "extraña vía de la propiedad relativa". "No dudamos en afirmar - dice - que toda disposición de nuestra propiedad en vía enajenatoria es perfecta y completa, provocando de manera plena el traspaso dominical y

Si son propias del artículo 32 LH. las ideas de inoponibilidad, conflicto de títulos y adquisición *a domino*, propias del artículo 34 LH. son las de fe pública registral o confianza en la previa inscripción, "ineficacia del negocio jurídico precedente al del tercero, consistente en la nulidad y en la resolución de efectos reales" o inexistencia del negocio precedente, inexactitud del Registro y adquisición *a non domino*.<sup>176</sup>

Para GARCÍA GARCÍA, el artículo 34 LH. contempla la inexactitud derivada de nulidad del título inscrito y representa una excepción en el sistema. Ello se desprende, primeramente, de la colocación sistemática del artículo 34. El artículo 33 - dice siguiendo a NÚÑEZ LAGOS - sienta una excepción a la regla general del artículo 32, de modo que si "el acto en el que se apoya e interviene el tercero es nulo, la inscripción no le protege, y entonces le puede perjudicar lo no inscrito, instando la correspondiente acción de nulidad o anulabilidad, según proceda". El artículo 34, exceptúa la excepción del 33, "pues según él la inscripción sí queda convalidada cuando aparece otro tercero (subadquirente) que confió en el contenido registral inexacto creyéndolo exacto, y además es a título oneroso". En la legislación anterior, el carácter de excepción al artículo 33, del artículo 34, se veía claramente reflejado en la expresión "No obstante lo declarado en el artículo anterior..." que encabezaba el precepto.<sup>177</sup>

Además en la antigua redacción del artículo 34 se hablaba de que no se *invalidarian* en cuanto a tercero, los actos y contratos otorgados por persona que apareciese en el Registro con derecho para ello, "verbo ése de *invalidar* que demuestra que se está en el

---

haciéndolo efectivo *erga omnes*, pues *cae en los dominios de lo absurdo pensar que un sujeto 'puede ser y no ser' a la vez propietario de un bien o cosa*". (Cva. y negr. ntras.). [Absurdo que obliga a interpretar los párrafos de la Exposición de Motivos de la LH. 1861 en que se apoya la tesis dualista, de una manera lógica y diametralmente alejada de la construcción de la propiedad relativa de FUNAIOLI.] Igualmente, afirma: "Todo poder de disposición es privativo y a la vez exclusivo del propietario de la cosa, y corresponderá al titular del derecho subjetivo, de tal forma que sólo él puede disponer del mismo. Nuestro 'disponente' original, una vez realizada la primera enajenación se 'vacía' de poder, pues lo transmitió al primer *accipiens*, careciendo ya obviamente de ese poder, opino, irrecuperable por esos difíciles vericuetos [que propone MESSINEO] ... Así, cae por su peso, que el segundo adquirente protegido por el Registro lo sea *a domino*, y defender que aquella enajenación primera no transcrita restituye al disponente original la 'investidura' de *dominus*, volviéndolo a legitimar para sucesivas enajenaciones, lo cual no deja de ser un difícil ejercicio de malabarismo sin base sustancial. Pero lo que sí está claro es que la segunda enajenación producida por alguien (titular original) que ya no es titular del derecho enajenado, *producirá más bien una adquisición a non domino en vez de a domino*, como se pretendió". (Ibídem. Págs., 643 y 644. Cva. y negr. ntras.)

<sup>176</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*, Págs., 71, 229 y 230.

<sup>177</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tópico de la inexactitud registral ...*, *Op. cit.*, Págs., 458 y 459.

ámbito del artículo 33, y ello a pesar de que seguidamente se decía << aunque después se anule o *resuelva* >> ...". El término resolver tuvo en 1861 el mismo significado que anular, como se desprendería de la propia redacción del precepto, que hacía convivir a ambos términos con la expresión "no se invalidarán". Si lo tuvo entonces, lo tendrá ahora, pues la única modificación operada ha sido cambiar el "no se invalidarán" por "será mantenido en su adquisición".

Por otro lado, GÓMEZ DE LA SERNA distingue entre condiciones resolutorias, las expresas, y condiciones rescisorias, las tácitas (condición resolutoria tácita de las obligaciones bilaterales por incumplimiento de una de las partes) de efectos similares a la rescisión. Unas y otras producen diversos efectos. Las expresas, según los Sabinianos y Gregorio López, producen la resolución *ipso iure* del contrato, desapareciendo éste, y correspondiendo al vendedor la acción reivindicatoria. El contrato es como si no hubiera existido nunca.

"Y dicho esto, ya no cuesta trabajo decir con cierta amplitud que es *como si fuera nulo*. En la época de 1861 no existía el actual tecnicismo doctrinal sobre los conceptos de nulidad e ineficacia del negocio jurídico, y es muy probable ... que la condición resolutoria expresa produjese al cumplirse la carencia de efectos del negocio (nulidad impropia) .... Desde esta perspectiva se explica perfectamente ese << no invalidarán >> del antiguo texto y ese << anule o resuelva >> del texto antiguo y del vigente".<sup>178</sup>

El artículo 34 LH. se refiere hoy a la condición resolutoria expresa (cuyos efectos en caso de cumplimiento se regulan en los artículos 1120 y 1123, sobre todo, del CC.), que produce una inexactitud registral, dados sus efectos *ex tunc*, y su eficacia *erga omnes*, salvo para el tercero que reúna las cuatro circunstancias del artículo 34, que adquirirá *a non domino*. El cumplimiento de la condición resolutoria expresa del contrato, "borra retroactivamente, *ex tunc*, los actos intermedios, manteniendo la propiedad en el primitivo titular, y por eso la adquisición que protege el artículo 34 en favor del tercero, es *a non domino*, como en los casos de nulidad ...".<sup>179</sup>

<sup>178</sup> Ibidem. Págs., 459 a 461.

<sup>179</sup> Ibidem. Págs., 461 y 462.

## **5. El problema de los requisitos que ha de reunir el tercero del art. 32 LH. para ser preferido frente al titular no inscrito.**

Dado el silencio de los arts. 32 LH., 606 CC. y concordantes acerca de los requisitos que deba reunir el tercero contemplado en los mismos para obtener la protección registral, cabe preguntarse si los requisitos que deba reunir han de ser los exigidos al tercero del art. 34 de la LH. o bien otros distintos. Como la tesis dualista entiende que el fundamento y las ideas motrices de uno y otro artículo son diversos, considera que los requisitos que deba reunir el tercero del art. 32 no tienen por qué ser idénticos a los del tercero del art. 34. GARCÍA GARCÍA parte de que es imprescindible al tercero del art. 32, la inscripción de su propio derecho. En cambio, no requiere la onerosidad ni la previa inscripción. En cuanto a la buena fe se trataría de una buena fe distinta de la buena fe - desconocimiento.

### **5.1. La propia inscripción por el tercero de su título.**

Le es exigible, pese al silencio del art. 32, dado que este precepto forma parte de la Ley Hipotecaria, ley que se ocupa de los actos y contratos relativos al dominio y derechos reales *que han accedido al Registro*, por lo que al señalar el art. 32 la protección dispensada al tercero, ha de referirse por fuerza a un tercero que accede al Registro. Además, el requisito está implícitamente exigido por el precepto al contemplarse en éste al tercero como contrapuesto a títulos de dominio y derechos reales no inscritos. La contraposición exige, lógicamente, que el tercero haya inscrito su derecho. Por otro lado, el concordante art. 1473.2 requiere expresamente la inscripción. Finalmente, la seguridad jurídica y la evitación de la clandestinidad, determinan la adopción de un criterio de publicidad (inscripción) para solucionar los conflictos de derechos.<sup>180</sup>

### **5.2. El título del tercero ha de ser un título válido.**

El principio de inoponibilidad del art. 32 LH. tiene un límite marcado por el art. 33 de la misma, consistente en que "la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos,

---

<sup>180</sup>GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 176.

con arreglo a las leyes". " ... El principio de inoponibilidad parte de la validez de los dos actos o contratos en conflicto, siendo la inscripción la que resuelve la plena eficacia del acto o contrato inscrito frente al que no se inscribió." Por lo tanto, si el acto o contrato que se adelantó a inscribir es nulo, no puede prevalecer sobre el acto o contrato no inscrito. Si es anulable, y se ejercita la acción de anulabilidad por quien esté legitimado para ello, prosperando la acción, no podrá prevalecer sobre el acto no inscrito. En cambio, si el acto o contrato inscrito y anulable es confirmado o no se ejercita en plazo la acción de anulabilidad, prevalece frente al contrato no inscrito. Tampoco podrá prevalecer el acto o contrato inscrito si es inexistente.<sup>181</sup>

### 5.3. No es exigible el requisito de la previa inscripción del transmitente o constituyente del derecho.

Es doctrina común de los dualistas. Según GARCÍA GARCÍA, la realidad social mostraría que una gran parte de los ciudadanos que acuden al registro en busca de protección no cumplen con este requisito tal como se entiende en el art. 34 LH. y lo interpreta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, la previa inscripción del derecho del transmitente o constituyente *debe existir en el momento en que el tercero adquiera*. Para GARCÍA GARCÍA, esta postura es lógica en los casos de nulidad, resolución o inexistencia del título del transmitente del art. 34, pero no en el caso de *conflictos normales del tráfico jurídico inmobiliario*. Una postura dualista hace crecer la utilidad social del Registro, al hacer aumentar el número de terceros que son protegidos frente a la clandestinidad.<sup>182</sup>

Sin perjuicio de otras críticas que puede hacerse a la doctrina dualista, no creemos que puedan considerarse como conflictos *normales* del tráfico jurídico inmobiliario, las dobles disposiciones sobre un inmueble o las ventas de un inmueble gravado como libre, por ejemplo, cuando tales actos pueden hasta llegar a tener naturaleza delictiva. (Art. 251 CP.).<sup>183</sup> En cuanto a la alusión a la realidad social, como argumento que

<sup>181</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 33 LH. en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 398 y 414.

<sup>182</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*, Págs., 32 y 177.

<sup>183</sup> Art. 251 C.P.: "Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

justificaría la no exigencia al tercero del art. 32 del cumplimiento del requisito de adquirir de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir, la encontramos poco oportuna. No porque muchos particulares rehuyan o se demoren en acudir al Registro a inscribir sus adquisiciones ha de modificarse (por vía interpretativa) el sistema de protección de terceros adquirentes establecido por la Ley. Quizás una reducción de los impuestos que como requisito previo para poder obtener la inscripción han de satisfacerse, (arts., 254, 255 y 256 LH.) <sup>184</sup> sería mucho más efectiva para lograr que la población acudiese al Registro, y que de este modo, *la mayoría de los adquirentes, fuesen adquirentes de persona que figuraba previamente en el Registro con facultades para transmitir.*

En opinión de este autor son razones para no exigir la previa inscripción del título del transmitente o constituyente del derecho las siguientes:

- Ni el art. 32 LH. ni los preceptos concordantes con el mismo mencionan tal requisito.
- El requisito de la previa inscripción del derecho del transmitente no cuadra con el fundamento y notas del tercero del art. 32, que no se apoya en la confianza en una inscripción previa sino en su propia inscripción, para resolver un conflicto de títulos. "En ese dilema entre publicidad y clandestinidad, lo que importa es la

---

1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado."

<sup>184</sup> "Tanto la Ley Hipotecaria como la legislación tributaria establecen, como requisito previo para que pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el derecho que resulta a favor del adquirente en una transmisión, que se justifique al registrador que se han pagado los impuestos que gravan tal desplazamiento patrimonial. Estos impuestos serán el de Transmisiones Patrimoniales, en caso de ventas o transmisiones realizadas a título oneroso ... y que no estén sujetas a IVA, y el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en caso de adquisiciones por herencia, donación o cualquier otro título gratuito ..." (ARNÁIZ RAMOS, RAFAEL. Consultorio. ABC INMOBILIARIO. 10 - 5 - 2002). Por lo tanto, una reducción de las cantidades que por razón de estos impuestos deben satisfacer los adquirentes, fomentaría en alto grado el acceso de la propiedad al Registro, y daría lugar a que la mayor parte de los adquirentes fuesen adquirentes de persona que en el Registro figuraba con facultades para transmitir.



inscripción del título del tercero frente al título clandestino, y no importa la previa inscripción del transmitente."

- A efectos del art. 17 LH., la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina unánime entiende que presentado un título al que le falte el requisito de la previa inscripción, ya no se puede inscribir el título presentado después, pues se da preferencia al título que llega primeramente al Registro y al que sólo le falta el requisito *formal* de la previa inscripción del derecho del transmitente.<sup>185</sup>
- Según el art. 105 RH., pese a lo dispuesto en el art. 20.2 LH., el registrador puede suspender (y no denegar) la inscripción cuando en el documento presentado el transferente alegue ser causahabiente del titular inscrito o ello resulte del Registro y del referido documento. En tal caso, a solicitud del presentante, se podrá practicar una anotación preventiva por defecto subsanable. Dice GARCÍA GARCÍA que este precepto no se explica bien desde una perspectiva monista, porque viene a afirmar que la falta de previa inscripción es un defecto subsanable y que la anotación preventiva se consolidará como inscripción, a pesar de faltar en el momento de la adquisición y de la presentación del título, el requisito de la previa inscripción. En caso de nulidad o resolución del derecho del transferente sería lógico que se declarase la nulidad de la inscripción practicada en favor del adquirente, por faltar el requisito de la previa inscripción tal y como lo entiende el Tribunal Supremo. En cambio, en los supuestos del art. 32 LH. no hay base alguna para sostener que el legislador permite practicar una anotación

185

El argumento no nos parece concluyente, pues si bien hay cierre registral, como señala GARCÍA GARCÍA, ello no significa que el título primeramente presentado, una vez inscrito, vaya a ser definitivamente preferido frente al que permanece al margen del Registro. Tal resultado *material definitivo* depende de cuestiones que caen fuera del ámbito del art. 17 LH., luego éste nada prueba en cuanto al dicho resultado material definitivo, que es lo que se discute.

En cuanto a la consideración *en este caso* del requisito de previa inscripción como requisito *formal subsanable*, es correcta, porque la previa inscripción sólo se contempla *en este momento* (*en que se ventila el acceso o no al Registro de un determinado título*), *bajo el aspecto de requisito necesario para poder inscribir el propio título, dada la exigencia del art. 20 LH de que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue el acto. (Requisito de tracto sucesivo)*. Ello no impide que en otros momentos distintos del procedimiento registral, la previa inscripción del derecho del transferente (o su falta) *en un determinado momento* (*con carácter previo al otorgamiento de un acto o contrato*) tenga una transcendencia material.

preventiva por defecto subsanable y una conversión de la misma en inscripción, sobre su posible impugnación inmediata en los Tribunales.<sup>186</sup>

- El art. 40 LH. ni siquiera exige la previa inscripción en general. Ese requisito sólo lo exige el art. 34 LH. [*Sic. Cfr.: art. 40 in fine.*]
- El art. 69 de la LH., utilizado por los monistas como argumento, es un residuo de la Ley Hipotecaria de 1861, en la cual *guardaba relación con el art. 393*,<sup>187</sup> que preveía un plazo de un año para poder anotar ciertos derechos. Pasado dicho plazo, ya no cabría hacer tales anotaciones en perjuicio de tercero. Se trataba, según GARCÍA GARCÍA, de la anotación de *acciones de nulidad o resolución* en perjuicio de tercero durante un año,<sup>188</sup> transcurrido el cual se restablecía el sistema del art. 34 LH.. *Así pues, se trataba de un supuesto del art. 34, no del 32.* Hoy día tal artículo es inútil. No obstante, si se le quiere dar alguna utilidad

<sup>186</sup> Insistimos en ideas ya vertidas en la nota anterior. La falta de previa inscripción es subsanable a efectos de poder inscribir el propio título y de que no se deniegue la inscripción. En el artículo 105 RH. se ventila un problema formal de tracto sucesivo, como ha señalado ROCA - SASTRE MUNCUNILL, no un problema sustantivo, que de darse, será resuelto por los Tribunales.

Una cosa es que el legislador permita la práctica de una anotación preventiva por defecto subsanable de falta de previa inscripción del título del transferente o del otorgante, y su conversión en inscripción para beneficiarse, por ejemplo, de los efectos del cierre registral primero, y de la legitimación registral, después, y otra, que el legislador vaya a derogar por esta vía la necesidad de confianza en una inscripción previa, para ser definitivamente protegido frente a los títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos.

<sup>187</sup> Art. 393: "El que á la publicacion de esta Ley tuviere adquirido algun derecho de los que se pueden anotar preventivamente, segun lo dispuesto en los números 1º, 3º, 4º, 5º y 7º del art. 42, podrá pedir su anotacion en el plazo del año señalado en el art. 389, y la que obtuviere surtirá efecto desde la fecha en que deberia tenerlo el acto anotado con arreglo á la legislacion anterior.

Tambien podrá hacerse la anotacion despues de dicho plazo pero en ningun caso surtira efecto sino desde su fecha."

<sup>188</sup> A juzgar por los números del artículo 42 de la LH. 1861, citados, las anotaciones que podían practicarse con efectos retroactivos y en perjuicio de tercero hipotecario, no eran exclusivamente anotaciones de demanda de nulidad o resolución del derecho inscrito, sino otra suerte de anotaciones. Podía anotar su derecho *el que demandaba en juicio la propiedad de un bien inmueble o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real*. Por ejemplo, el que ejercitaba una acción personal dirigida a la transmisión de la propiedad (art. 3 RH. 1861), como si habiendo comprado una finca en documento privado y pagado su precio, el vendedor inscrito se niega a entregarla y a otorgar escritura pública de compraventa. Igualmente el que tenía entablada una *acción real contradictoria del derecho inscrito, supuesto relacionado con el art. 23 LH.* No creemos, pues, que el art. 69 LH. 1861, en relación con su art. 393, hiciese referencia exclusiva a supuestos de nulidad y resolución propios del art. 34 LH.. Además, como veremos más adelante, la doctrina no vinculaba el art. 69 a una situación meramente transitoria como era la contemplada en el art. 393, sino que consideraba que dicho artículo era un precepto propio de la actuación de la Ley Hipotecaria.

habría que relacionarlo "con preceptos que señalen términos al efecto en relación con los terceros", que son los arts. 28 y 207 LH., que otorgan un plazo de dos años para que las personas que se sientan perjudicadas puedan demandar de nulidad al titular registral y pedir anotación preventiva de demanda. Esto es, *el art. 69 se refiere a supuestos de suspensión de la fe pública, luego está en el ámbito del art. 34 y no del 32.*

- Al ser el sistema hipotecario, en 1861, de nueva implantación, lo lógico era que faltase en muchos casos la previa inscripción, por lo que tal requisito no podía ser de exigencia generalizada.<sup>189</sup>

#### **5.4. El art. 32 LH. no exige que la adquisición del tercero sea a título oneroso.**

GARCÍA GARCÍA considera que no es exigible al tercero del art. 32 LH el requisito de la onerosidad. En su opinión, *el criterio de prioridad en la inscripción* sentado por el art. 1473.2 CC. es aplicable *siempre* que se presente un caso de colisión de títulos, cualquiera que sea la causa onerosa o gratuita de los contratos, ya que el art. 1473.2 no es más que una aplicación concreta de una regla general contenida en el art. 606 CC. y 32 LH. y no un precepto *exclusivo* para la doble venta. Que el art. 1473.2 deriva del art 32 LH. se desprende del Proyecto de Código Civil de 1851: de los artículos 1396, 982 y 1859, los cuales tres artículos equivalen respectivamente, el 982 y 1859 del Proyecto, al art. 32 LH. (antiguo art. 23) y 606 CC., y el art. 1396 del Proyecto, al 1473.2 del Código Civil.

Art. 1396 del Proyecto de CC. de 1851: "Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982".

Art. 982: "Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el

derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la sección 3, capítulo 3 de este título"

Art. 1859: "Cuando el propietario *enajena* unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por *actos distintos*, pertenece la propiedad *al adquirente que haya inscrito antes su título*".

GARCÍA GARCÍA hace además notar, que en el art. 1859 del Proyecto de CC. de 1851, no se hacía mención alguna al requisito de que el título inscrito fuese un título oneroso. El legislador atendía a un mero criterio de prioridad en la publicidad frente a la clandestinidad.

En cuanto al argumento de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, que al hablar de los requisitos de protección del tercero hipotecario del art. 34, dice que es mejor que se deje de percibir un lucro antes que sacrificar otros intereses, a diferencia de cuando se trata de una persona que ha pagado una contraprestación, lo considera un tópico, el "tópico de la onerosidad". Para combatir dicho "tópico" y demostrar la fortaleza que tendría el título gratuito de donación en el Derecho español, fortaleza que justificaría la protección al adquirente a título gratuito que primero inscriba en el Registro, GARCÍA GARCÍA hace las siguientes reflexiones (aparte de entender que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 se refiere *exclusivamente* al tercero del art. 34 LH.):

- Si el tópico de la onerosidad fuese cierto, los conflictos de doble compraventa habría que resolverlos en favor del que hubiese pagado más al vendedor.
- Todos los títulos adquisitivos del dominio y de los derechos reales son contemplados por el art. 609 del Código Civil en pie de igualdad "sin que haya que imaginar preferencias entre ellos".
- El título de donación no es un título claudicante, como a veces se ha dicho, sino a tenor del art. 609 CC., un título tan fuerte como otro cualquiera.
- El donatario, como consecuencia de la donación, ha podido realizar múltiples inversiones, por lo que si se declara ineficaz la donación, no sólo deja de percibir

un lucro, sino que puede sufrir perjuicios. Incluso la ineficacia de la donación puede ser un perjuicio para los acreedores del donatario, pues ellos contaban con la garantía de un bien que había ingresado en el patrimonio de su deudor.

- Hay donaciones a Fundaciones y a Entes Públicos cuya declaración de ineficacia, puede producir perjuicios que afecten al interés general.
- Según el art. 643.1 CC., no mediando estipulación sobre el pago de las deudas, el donatario sólo está obligado a pagar las del donante si hay fraude de acreedores. Si el comprador en conflicto con el donatario, sólo tiene un derecho de crédito frente al vendedor, el donatario sólo estará obligado frente al comprador en caso de fraude y sin perjuicio de la acción del comprador frente al vendedor. De este precepto se desprendería igualmente, que el donatario no tiene por qué responder de los actos del donante, salvo caso de fraude.
- La supuesta debilidad del título de donación no se sostiene porque en materia de revocación de donaciones por ingratitud, si el donatario hubiese hecho a su vez una donación del bien, tal donación queda firme en favor del tercero y frente a la acción revocatoria, salvo que el inicial donante hubiese anotado su demanda de revocación en el Registro antes de producirse la segunda donación (art. 649)<sup>190</sup>. Lo mismo se aplica al caso de revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos (art. 645 CC., según la interpretación dominante). Por otro lado, el art. 1295 CC. (al que remite el 1124, p.e.) protegería al tercero, según MORENO QUESADA<sup>191</sup>, frente a acciones rescisorias, con independencia de que se tratase de adquirentes a título oneroso o gratuito, pues la literalidad del

<sup>190</sup> "Así, según el artículo 649 del Código civil, << revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes, las *enajenaciones e hipotecas* anteriores a la anotación de demanda de revocación en el Registro de la Propiedad >>. La expresión *enajenaciones* es lo suficientemente amplia para no distinguir entre las que sean a título oneroso o gratuito. El donante puede dirigirse contra su donatario, pero no contra quien a su vez adquirió del donatario, pues no sería justo que soportara la ingratitud de su causante, en la que él no participó. Ello sin perjuicio de que el donatario responda frente a su donante por la vía personal por razón de la causa de ingratitud determinante de la revocación. Y sin perjuicio, además, de los efectos de la anotación de demanda". ( GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH...*, *Op. cit.*. Pág., 362 y 363).

<sup>191</sup> MORENO QUESADA. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo*. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 185.)

precepto no distingue entre unos y otros. En cuanto al art. 1540 CC., en materia de permuta establece - continúa GARCÍA GARCÍA - que si uno de los permutantes pierde la cosa por evicción, no podrá reclamar la que entregó al otro, si ésta se encuentra en poder de tercero con buena fe. Sólo cabría exigir indemnización de daños y perjuicios al otro permutante. Siguiendo a LACRUZ dice que es indiferente que el tercero en cuyo poder se encuentre la cosa sea adquirente a título oneroso o gratuito, ya que el precepto no distingue. [La conclusión que se extraería de lo dicho es que si en todos estos casos un tercer adquirente donatario, conserva firme su adquisición, no hay razón para que tal adquirente donatario no sea protegido frente a títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos.]

- Si bien en las acciones rescisorias por fraude de acreedores se limita la protección al adquirente a título oneroso (art. 37 LH.), tal límite no es generalizable a otros casos, porque estamos ante un supuesto *especial* de fraude. "Por otra parte, hay que observar que según el artículo 643 CC., sólo hay presunción de fraude respecto a las donaciones si al hacerlas no le quedaban al donante bienes suficientes para pagar las deudas, por lo que un donatario puede alegar este precepto frente a la acción pauliana".
- La referencia del art. 40, último párrafo LH. nada significa respecto al art. 32 LH., ya que una cosa es la inexactitud (arts. 40 y 34 LH.) y otra el conflicto de títulos (art. 32).
- El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de mayo de 1982 (RJA. 1982/2559), ha dicho que el tercero del art. 32 LH. no necesita haber adquirido onerosamente para ser protegido, en "*ratio decidendi*".
- Cuando la Ley Hipotecaria exige la onerosidad, lo hace expresamente (arts. 31, 36, 40).

- En el Derecho Comparado no se exige onerosidad, ni en los sistemas germánicos (Alemania, Austria, Suiza), porque al ser la inscripción constitutiva es indiferente que la adquisición sea onerosa o gratuita, ni en los latinos (Francia, Italia).<sup>192</sup>

### 5. 5. Exigencia de buena fe al tercero del art. 32 LH.

Reconoce GARCÍA GARCÍA que es difícil actualmente no exigir tal requisito al tercero del art. 32, pues la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que la exige en los arts. 32 LH. y 1473.2 CC. está consolidada, *pero entiende que hay que hacerlo, no por aplicación del art. 34 LH., sino por razones distintas.*

Desde luego - dice - es imprescindible distinguir entre buena fe en el ejercicio de los derechos, que constituye un principio general del derecho consistente en la conducta honrada, leal y honesta en el ejercicio de los derechos, y buena fe en la adquisición de los derechos, consistente en el desconocimiento de otras situaciones y que no siempre es exigida por el legislador, siendo un problema a estudiar en cada concreta institución.

En el caso del conflicto de títulos, si solo se estuviera ante un conflicto entre dos personas podría atenderse exclusivamente a la buena o mala fe, pero en tales supuestos está en juego también el fomento o no de la clandestinidad inmobiliaria y la seguridad jurídica. La exigencia de buena fe a ultranza produciría, en su opinión, clandestinidad inmobiliaria porque desvalorizaría el requisito de la inscripción y daría lugar a que no se sintiese la necesidad de inscribir. Igualmente produciría inseguridad jurídica al introducir junto al Registro otros medios de conocimiento que están en la realidad y muchas veces serían imprecisos e inseguros. La buena fe eliminaría el sistema del art. 225 LH., consistente en que la libertad o el gravamen de los inmuebles sólo se acredite en perjuicio de tercero por certificación del registro.<sup>193</sup>

Para GARCÍA GARCÍA, una interpretación sistemática del mencionado art. 225 LH. con los arts. 13 y 32 de la misma "debería llevar a la consideración de que la buena fe que tiene en

<sup>192</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 183 a 186; *Comentario al art. 32 LH. Op. cit.*, Págs., 361 a 365.

<sup>193</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 187 a 192.

cuenta el legislador respecto a terceros es la buena fe que se apoya en la certificación del Registro. Por tanto, si la certificación registral es negativa, el tercero no tendría que temer la existencia de titularidades no reflejadas en el Registro."<sup>194</sup>

El Tribunal Supremo, en cambio, ha venido exigiendo en los arts. 32 LH. y 1473.2 CC. una buena fe consistente en el *desconocimiento de la inexactitud o falta de titularidad del tradens*, como prevé el art. 34. La exige incluso respecto de un contrato de compraventa anterior. GARCÍA GARCÍA entiende que aún aceptando una buena fe - desconocimiento, ésta no debería ampliarse a situaciones obligacionales porque que no causan inexactitud del Registro; porque los contratos sólo tienen eficacia relativa entre las partes y sus herederos y porque del art. 29 LH. se desprendería que, si un dato que consta en el Registro, como lo es una mención de un derecho real, no se tiene en cuenta a efectos de la fe pública (que esto es lo que quiere decir el artículo), con mayor motivo un dato no inscribible ni inscrito, como un derecho obligacional, "no ha de tener relevancia alguna respecto a la buena fe de los terceros".

Finalmente, concluye diciendo que la eficacia de la inscripción cuasiconstitutiva tiene por límite la mala fe - fraude consistente no sólo en el *consilium fraudis* sino en el conocimiento del fraude, pues el que conociendo un fraude realiza un acto, está siendo cómplice en el fraude. Por esta vía, reconoce que se termina aproximando a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero con una cierta distinción de matiz, que resulta de la consideración de que la buena fe del art. 32 LH. no es exactamente una buena fe - desconocimiento de situaciones jurídicas extrarregistrales, como la del art. 34 LH.. En su opinión, tal matiz puede permitir una interpretación más adecuada del requisito de buena fe.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> Ibídem. Pág., 192.

<sup>195</sup> Ibídem. Págs., 196 a 205.



## 6. Excepciones al principio de inoponibilidad por vía de suspensión de efectos.

En la Ley Hipotecaria existen dos preceptos fundamentales relativos a la suspensión de los efectos de determinadas inscripciones. Son los arts. 28 y 207 LH.:

Art. 28: "Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos"

Art. 207: "Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha."

Según GARCÍA GARCÍA, la suspensión de los efectos del asiento de inmatriculación *respecto al tercero hipotecario ordinario*, durante el plazo de dos años señalado en el art. 207 LH., *no jugaría a efectos del art. 1473.2 CC.. Es decir, no jugaría en caso de conflicto de títulos procedentes de un mismo auctor*. El conflicto se resolvería automáticamente en favor del adquirente que primero inmatriculase. En cambio - afirma - sí puede tener lugar dicha suspensión con relación a conflictos de otro tipo.

Con relación a las inmatriculaciones a que se refiere el art. 207 LH. (inmatriculación por título público de adquisición del art. 205 LH e inmatriculación por certificación administrativa de dominio del art. 206), y respecto a los casos de doble venta o conflicto de títulos procedentes de un mismo *auctor*, no se produce la suspensión de efectos por dos años de la eficacia de la inscripción inmatriculadora, *porque los diversos compradores o adquirentes no son terceros entre si "a efectos de dicho precepto", al no producirse la ratio inspiradora del mismo (que es la desconfianza hacia el título inmatriculador), por estar los titulares en conflicto en la misma situación; en las mismas condiciones. De modo que el conflicto entre ambos se resuelve a través de la pura prioridad registral.*<sup>196</sup>

<sup>196</sup>

Es cuestionable, sin embargo, que estén en las mismas condiciones, un titular de un derecho real limitado sobre una finca y un posterior adquirente del dominio de la misma, procedente del mismo causante, y

"Por la misma razón, cuando el propio inmatriculante, durante ese plazo de dos años de suspensión, realice una doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el otro comprador, pues, como ambos proceden del mismo inmatriculante vendedor, y estamos ante un problema de conflicto de derechos que se resuelve atendiendo a la prioridad registral, poco importa aquí la debilidad del título inmatriculador, pues en el campo del art. 1473.2º CC., ya hemos dicho que no cuenta la confianza en la apariencia registral, sino la prioridad en la inscripción."

Según GARCÍA GARCÍA, la no aplicación del 207 LH a estos casos de doble venta, la sostiene buena parte de la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dicha inaplicación (y *también* la del art. 28 LH) demostraría que el principio de fe pública registral poco tiene que ver con la doble venta, a la que se refieren, en cambio, los principios de inoponibilidad y prioridad.

La suspensión de efectos del art. 28 LH, sólo se puede plantear - dice GARCÍA GARCÍA - respecto al principio de fe pública, no respecto al principio de inoponibilidad, dado que estamos en presencia de un caso de heredero aparente, y por consiguiente de un título sucesorio nulo.

En consecuencia - continúa - si un heredero aparente realiza una doble venta, será protegido el comprador que primero inscriba, sin que juegue en su contra, y en beneficio del comprador que no accedió al registro, ningún plazo de suspensión. Ahora bien, tal plazo sí que jugará en contra del comprador que inscribió, respecto al verdadero heredero y los adquirentes que traigan causa del mismo, frente a los cuales sólo tendrá una adquisición inatacable si *cumple con los requisitos del art. 34 LH, (dado que estamos ante una causa de nulidad que no figura en el registro)*, y ha

---

al que se le ha ocultado la existencia del gravamen anterior, dado que si bien el titular del dominio puede con más o menos facilidad, lograr inmatricular la finca por la vía del art. 205 LH., el titular del gravamen depende, para poder inscribir su derecho (dado nuestro sistema de folio real y de necesaria primera inscripción del dominio), de que su transmitente inmatricule, o bien de seguir el no tan sencillo procedimiento del art. 312 RH., que puede llegar a desembocar en un expediente de dominio para acreditar el del causante. Luego, a nuestro juicio, no son idénticas las situaciones o condiciones en que se encuentran estos causahabientes, no estando, por tanto, justificada la aplicación automática de los principios de prioridad e inoponibilidad. *Cfr. : nota ...*

*transcurrido el periodo de dos años de suspensión de la fe pública que prevé la Ley Hipotecaria en beneficio del heredero real.*<sup>197</sup>

Tratándose de conflictos entre un titular inscrito y otro no inscrito, cada uno de los cuales tiene distinta procedencia, **"debe jugar la suspensión de efectos del art. 207 LH. en relación con el art. 32 LH"**, (cva. orig.) pues el art. 207 LH emplea una expresión lo suficientemente amplia como para entender comprendido en el mismo, tanto al tercero del art. 32 como al tercero del art. 34. Es decir, **a causa de la debilidad del título inmatriculador, el legislador suspende por dos años la eficacia cuasiconstitutiva de la inscripción del inmatriculante, que durante dicho plazo no puede apoyarse en su propia inscripción frente a títulos no inscritos, procedentes de distinto auctor, o sea de líneas diferentes.** Es posible, pues, que durante tal plazo se dirijan frente a él acciones reivindicatorias y confesorias derivadas de títulos no inscritos. La suspensión de efectos se produce respecto del inmatriculante y **respecto de los que adquieran** de él "pues subsiste entonces la << ratio >> de la debilidad del título inmatriculador, que el legislador considera que no es inatacable durante el plazo de dos años ...". El conflicto debe producirse entre el adquirente del inmatriculante y un tercero con título no inscrito, **que no proceda del inmatriculante ni de un tronco común respecto al inmatriculante.** Una vez transcurridos los dos años desde la fecha de la inscripción inmatriculadora, el tercero del art. 32 LH., podrá apoyarse en su inscripción para defenderse de títulos no inscritos.<sup>198</sup>

Según esto, si A vende a B una finca que no es suya sino de C, y B inmatricula tal finca, durante el plazo de suspensión señalado de dos años, C podrá hacer valer frente a B su dominio y obtener que se cancele la inscripción. Transcurrido dicho plazo, la adquisición de B sería firme.

<sup>197</sup> Parece, pues, que el art. 34 LH no opera sólo en el caso de relaciones jurídicas conectadas linealmente entre sí sino también frente a títulos no inscritos, que están al margen del registro y con los que el tercero tiene una conexión oblicua. No son, entonces, tan radicales las diferencias entre los arts. 32 y 34 LH..

<sup>198</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 224 a 226; 414 y 415; 425 a 428 y 430 a 432.

Del mismo modo, siguiendo con nuestro ejemplo, si D compró la finca a B y la inscribió, durante dicho plazo de dos años, C podrá hacer valer frente a D, su dominio . Una vez finalizado el mismo, la adquisición de D será inatacable.

En cambio, si A realiza una doble venta a B y C; B inmatricula y luego transmite a D, C no podrá hacer valer ni su título ni la suspensión del 207 LH contra D, ya que en este caso las adquisiciones de C y D proceden de un tronco común respecto al inmatriculante.

Recapitulando, pues, la suspensión de efectos respecto a terceros del art. 207 LH. no es aplicable en el caso de conflicto de títulos o derechos procedentes de un mismo causante, porque la *ratio* del art. 1473.2 CC. "es conceder prioridad o preferencia al adquirente o titular que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad en base al principio de prioridad en el acceso al Registro por la publicidad registral del propio título del adquirente que inscribe, sin consideración alguna a la confianza en ninguna inscripción del transmitente ...".<sup>199</sup>

Sí se aplica la suspensión del art. 207 LH. cuando el conflicto de títulos se produce entre un titular inscrito y otro no inscrito, que proceden de distintos causantes, o líneas.<sup>200</sup>

En cuanto a la suspensión de efectos del art. 28 LH. no es aplicable a los supuestos del art. 32 LH. sino sólo a los del art. 34, ya que el art. 28 LH. se ocupa "del problema del *heredero aparente*, en que se produce un efecto de *nulidad del título sucesorio*, para proteger al heredero real, lo que en principio determina la nulidad de los títulos de transmisión o constitución de derechos a favor de terceros, salvo los terceros hipotecarios una vez transcurridos los dos años desde la muerte del causante. Pero esto nada tiene que ver con el supuesto de *doble venta* realizado por el heredero, pues respecto a los compradores del mismo heredero, no hay razón para establecer la suspensión de efectos durante dos años, por no ser un conflicto entre el heredero aparente y adquirentes sucesivos y el heredero real, sino un conflicto entre dos compradores o titulares de derechos reales, en que lo importante es la prioridad del que primero accede al Registro, con independencia del título hereditario del

<sup>199</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH. ..., Op. cit., Pág., 385.*

<sup>200</sup> *Ibidem.* Pág., 386.

transmitente. Sólo cuando hubiera vendido el heredero aparente, el heredero real tendría la protección durante los dos años frente a los dos compradores de aquél, pero no se aplica al conflicto entre dichos dos compradores, que es ajeno al supuesto del artículo 28 de la Ley Hipotecaria".<sup>201</sup>

También se produce suspensión de efectos respecto al tercero del art. 32 LH, en el caso de inmatriculación del acta de reorganización del título de concentración parcelaria (art. 235.1 de la LRDA., Texto Refundido aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973), por 90 días, y en el caso de reconstrucción de registros destruidos, desde la fecha de la destrucción o pérdida de los libros hasta la terminación del plazo concedido. En este último caso, respecto a las fincas y derechos reales cuyos asientos hubiesen desaparecido se suspende la aplicación de todos los artículos de la Ley Hipotecaria relativos a los efectos derivados de la falta de inscripción o anotación de un derecho (art. 14.1º de la Ley de 15 de agosto de 1873).<sup>202</sup>

En cuanto a la suspensión de efectos de la inmatriculación de títulos de concentración parcelaria, cabe aplicar los razonamientos antes vertidos sobre la aplicación del art. 207 LH., dado que estamos en presencia de un asiento de inmatriculación.<sup>203</sup>

## 7. Apoyo jurisprudencial.

LINO RODRÍGUEZ OTERO confiesa [en el año 1996 (Julio - Agosto)] que *está aún por ver si los Tribunales reconocerán la protección del artículo 32 LH., de conformidad con la tesis dualista del tercero*.<sup>204</sup>

GARCÍA GARCÍA mantiene, en cambio, una posición más optimista en cuanto al apoyo que la jurisprudencia presta a la tesis dualista. En su opinión, la Jurisprudencia no ha tenido prácticamente ocasión de pronunciarse de modo explícito sobre las relaciones entre el art. 32 y 34 LH., si bien muchas sentencias del Tribunal Supremo utilizan indistintamente ambos

---

<sup>201</sup> Ibídem.

<sup>202</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 226, 432 y 433.

<sup>203</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH ... Op. cit.* Pág., 387.

<sup>204</sup> RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva*. RCDI, Julio - Agosto 1996. N.º 635. Pág., 1568.

preceptos, como si respondieran a un mismo supuesto y es abrumadora la Jurisprudencia que exige buena fe en los arts. 34 y 32 LH.. No obstante - dice - *algunas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional comienzan a admitir la doctrina dualista*. Así, las SSTs. de 8 de mayo de 1982 (RJA. 1982/2559); 4 de marzo de 1988 (RJA. 1988/1554) y 17 de octubre de 1989 (RJA. 1989/6928) y la STC. 69/1995 de 9 de mayo (La Ley, 3 - 1995. Págs. 3 y ss.).<sup>205</sup>

La STS. de 8 de mayo de 1982 (RJA. 1982/2559)<sup>206</sup>, admite efectivamente en *obiter dicta* (7º Considerando) que tercero es el que ha inscrito *ex art. 32 LH.*, y que tal tercero no precisa haber adquirido onerosamente, aunque sí con buena fe *extrarregistral*, para merecer la protección de dicho artículo. Sin embargo, la sentencia no hace una interpretación autónoma del art. 32 LH. como *ratio decidendi* del fallo.

El complicado supuesto de hecho que da lugar a la misma podría resumirse del siguiente modo: María Z y P instituyó herederos a sus hijos José B. Z. y Matilde B. Z. que recibieron por mitad indivisa las fincas litigiosas. Jose B. Z. instituyó a su vez herederos en la mitad indivisa de las fincas heredadas, a su tía María B. Z., a quien dejó el usufructo y a cinco amigos, a quienes dejó la nuda propiedad. Practicada la partición de la herencia en 1948, "ante la existencia de legados, deudas y obligaciones con cargo a la misma", se adjudicó toda la mitad indivisa de las fincas a María B. Z., en propiedad, con el encargo de venderla y atender aquellas obligaciones. Sin embargo, en 1953, María B. Z. y los cinco amigos del difunto otorgaron una nueva escritura pública, *que no se inscribió en el Registro*, por la que se sustituía la adjudicación antes hecha y se atribuía la titularidad dominical de las fincas a los cinco amigos, obligándose éstos al pago de las deudas. Seis años después (1959) María B. Z. otorgó una escritura de transacción con sus dos sobrinos - nietos, Carlos y Álvaro, (que eran dueños de la otra mitad indivisa de las fincas por haberla heredado de Matilde B. Z.) por la que éstos renunciaban a *reclamar* la mitad indivisa de las fincas inscrita a nombre de María B. Z. (fundándose en la presunta invalidez de su adquisición

205

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH. ... Op. cit.* Págs., 329 y 330.

206

Ponente: Carlos de la Vega Benayas.

hereditaria debida al incumplimiento por parte de José B. Z. de una condición o prohibición de disponer antes de haber cumplido los 50 años de edad, que le impuso su madre, y que sin embargo, fue declarada inválida por los tribunales) y María B. Z. les cedía la dicha mitad inscrita a su nombre. Siete días más tarde (**10 III 1959**), los cinco amigos otorgaban escritura de venta en favor de los Señores I, escritura que no se pudo inscribir en el Registro, al estar inscrita la escritura de transacción. En 1966, los Señores I, iniciaron un expediente de dominio para inscribir a su favor la mitad indivisa de las fincas, al que fueron citados los sobrinos - nietos. El expediente se sobreseyó, ante la inscripción contradictoria y los interesados fueron remitidos por el juez al juicio declarativo. Los hijos y herederos de los Señores I. ejercitaron la acción reivindicatoria, acogándose sus pretensiones en 1ª instancia y en apelación, por entenderse que los sobrino - nietos no tenían el carácter de terceros hipotecarios ni de usucapientes *secundum tabulas*. Planteado recurso de casación por los sobrino - nietos, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

El Tribunal Supremo afirma en su primer considerando, antes de entrar en el estudio de los motivos del recurso, que la Audiencia había obrado correctamente al no atribuir "condición de terceros hipotecarios, ni siquiera de usucapientes *"secundum tabulas"* [a los recurrentes], por ausencia de adquisición a título oneroso (cesión transaccional sin reciprocidad patrimonial), falta de buena fe (citación al expediente de dominio) y prevalencia del título esgrimido por los reivindicantes (adjudicación por herencia a su causante en la escritura de 1953)" A continuación procede al estudio de los motivos del recurso, de los que vamos a destacar los siguientes:

Se alegó violación del art. 1473.2 CC, por no haber sido aplicado. El Tribunal desestima el motivo porque el art. 1473 presupone una doble venta operada por un solo vendedor a dos personas distintas, lo que no es el caso del pleito, en el que hay una cesión transaccional realizada por quien ya no es heredera adjudicataria y una venta realizada por los herederos adjudicatarios, por lo que existen dos vendedores. "sin que la circunstancia de que los adjudicatarios trajeran causa de la cedente (María B. Z.), a los señores B. en la transacción, sea suficiente para forzar la normativa de la doble venta, en tanto en cuanto que no se da la exigencia que a tal efecto prevé el art. 4º para la aplicación analógica del precepto al caso debatido, tanto por no estar huérfano de

regulación normativa por otro cauce (no hay laguna legal), como por no concurrir la identidad de razón ..."

Se alegó igualmente inaplicación del art. 34 LH., motivo rechazado dada la falta del requisito de adquisición a título oneroso. La cesión efectuada en la escritura transaccional había sido *gratuita*, ya que los Tribunales declararon la invalidez de la condición o prohibición impuesta a José B. Z. por su madre, por lo que los sobrino - nietos de María B. Z. no tenían nada que reclamar a ésta. Faltó pues la contraprestación a la cesión, y consecuentemente no era aplicable el art. 34 LH, prevaleciendo el derecho del *verus dominus*.

En el séptimo considerando, ante la alegación de la inaplicación de los arts. 32 LH. y 606 CC., la sentencia admite la existencia en el art. 32 LH. de un tercero distinto del contemplado por el art. 34, un tercero que puede ser adquirente a título gratuito pero que ha de ostentar una buena fe extrarregistral (no fundada en la inscripción sino consistente en la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa). Sin embargo, considera que como la sentencia recurrida se pronuncia sobre esa buena fe a los efectos del art. 35 LH. "y en ello funda una de las razones decisivas de su fallo", el motivo debe ser rechazado, dado que el art. 32 LH. *fue correctamente inaplicado y que su protección "no alcanzaría a los recurrentes por la aplicación debida de otras normas aludidas en los siguientes motivos". En estos se alude a los arts. 1941, 1945, 1946.3º y 1957 del CC. en relación con el 35 de la LH., que llevaron a la sentencia recurrida a negar a los sobrino - nietos la condición de usucapientes secundum tabulas, por faltar la buena fe necesaria y por haberse interrumpido la usucapión de los recurrentes por la citación judicial al expediente de dominio (sic). La sentencia parecería, pues, incurrir en cierta confusión, y desde luego, no fundamenta su fallo en una interpretación autónoma del art. 32 LH., ya que no desestima el motivo por entender que a los recurrentes les faltase la buena fe exigida por tal artículo, (desconocimiento de la escritura de adjudicación de 1953 que atribuía la titularidad dominical de las fincas a los cinco amigos), bien al adquirir, bien al inscribir. Reproducimos el texto del séptimo considerando e invitamos a cotejar los siguientes.*<sup>207</sup>



"CDO...- Que en el motivo quinto, formulado subsidiariamente se funda la defensa del recurso en la denuncia de la inaplicación de los arts. 32 de la L. H. y 606 del C. Civ., sobre la base de que, si bien la onerosidad es supuesto inexcusable de la aplicación del art. 34 de la L. H., no lo es en el del art. 32 de la misma Ley y que, por consiguiente, al tener los señores B. inscrito su derecho en el Registro éste ha de protegerlos frente a quienes no lo tienen, como es el caso de los causantes de los actores, que no inscribieron la escritura de adjudicación de las fincas en cuestión otorgada notarialmente en 15 enero 1953; motivo que también ha de perecer, **porque si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero -que lo es el que ha inscrito ex art. 32 L. H.- no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, si precisa, por contra, haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal no la confianza en el Registro, sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extrarregistral que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente** -S. de 29 mayo 1970 (RJA 1970\3417)-, pues si bien la buena fe se presume no quiere decir ello que se tenga por acreditada por la mera inscripción -S. de 11 noviembre 1969 (RJA 1969\5168)-; pero como en realidad la sentencia [recurrida] no se pronuncia sobre esa buena fe sino al referirse al título esgrimido por los actores y al conocimiento que de él tuvieron los demandados al ser citados en el expediente de dominio instado por aquéllos, a los efectos del art. 35 de la L. H., y en ello funda una de las razones decisivas de su fallo, **es evidente la inoperancia de los argumentos que en el motivo se utilizan, dada la correcta inaplicación del art. 32 de la Ley, cuya protección no alcanzaría a los recurrentes por la aplicación debida de otras normas, aludidas en los siguientes motivos.**"

---

motivo de casación fundado en la inaplicación del art. 32 y en que éste no exige la onerosidad. "En realidad, [- continúa -] ... la afirmación ... [de que el tercero del art. 32 LH. no requiere haber adquirido onerosamente para merecer la protección registral] constituye un claro *obiter dictum* en el razonamiento y no es determinante del fallo; la mera redacción del párrafo (si bien es cierto ...) [*Cfr.: ut infra?*] es claramente expresiva de aquella condición. En efecto, en el caso resuelto, la Sentencia de la Audiencia había negado la protección al tercero al entender que no era a título oneroso y que le faltaba la buena fe, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso." SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. N° 593. Pág., 1206.

La STS. de 4 de marzo de 1988 (RJA. 1988/1554) <sup>208</sup> versa sobre un caso de doble disposición por título de compraventa llevada a cabo por una sociedad anónima dedicada a la promoción de construcciones. La sociedad, *que figuraba como propietaria del inmueble en el Registro de la Propiedad*, lo vendió a Don Fernando L.V. en documento privado, procediendo a la entrega de la finca. Debieron suscitarse problemas entre las dos partes contratantes relativos a un posible incumplimiento, en los que la sentencia presente no entra por no ser objeto de la litis. En este contexto, la sociedad procedió a una segunda venta del inmueble en favor de Don René S.T., que al día siguiente del otorgamiento de la escritura pública, procedió a su presentación en el Registro, siendo inscrita.

Don René ejercitó acción reivindicatoria contra Don Fernando y demandó de evicción a la vendedora, subsidiariamente, para el caso de no prosperar aquella acción. En 2ª Instancia se declaró al actor propietario del piso, trastero y plaza de aparcamiento objeto del litigio y se condenó a Don Fernando a entregar tales bienes a Don René. Don Fernando recurrió en casación desestimándose su recurso. *El T.S. fundamenta su decisión, entre otros argumentos, en la justificada aplicación por la Sala << a quo >> de los arts. 1473 CC. y 34 LH. para la resolución de la controversia y en que aquí no se cuestiona la inexistencia, nulidad o anulabilidad de la segunda compraventa, sino cuál de las dos ha de prevalecer, cuestión que se resuelve por la aplicación de aquéllos artículos.*

GARCÍA GARCÍA ve en esta sentencia una argumentación dualista: <sup>209</sup> se trata de decidir cuál de las dos compraventas prevalece, la inscrita o la no inscrita, sin que pueda plantearse la nulidad por falta de objeto o de causa de la segunda. Tal argumentación se recoge en el Fundamento de Derecho 9º de la sentencia:

"NOVENO.- El motivo 8.º.- con igual residencia procesal del n.º 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación del artículo 1261 por no aplicación en relación con los artículos 1271 y 1272 todos del Código Civil; no

<sup>208</sup> Ponente: Matías Malpica González - Elipe.

<sup>209</sup> El autor quiere resaltar a propósito de esta sentencia, los diferentes supuestos de hecho de los arts. 32 y 33 y 34 LH. (Cfr.: GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993. Pág., 90). *Más, en nuestra opinión, la sentencia parece hablar de un conflicto de títulos que se resuelve por virtud de la fe pública registral.*

aplicación del artículo 1274 y 1276, y del 1265 en relación con el artículo 1269, del mismo Cuerpo legal sustantivo, y de la doctrina legal de esta Sala, cuyas sentencias cita, **que incurre en el mismo defecto del anterior, pues aquí no se discierne sobre la existencia, nulidad o anulabilidad de ninguno de los contratos de compraventa en juego, como tampoco en el cumplimiento o incumplimiento y resolución de ninguno de ellos, pues la tesis a dilucidar es la de cuál de las dos compraventas realizadas por una misma vendedora a dos compradores distintos, la una inscrita en el Registro de la Propiedad y la otra no, es la que ha de prevalecer**, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el supuesto contemplado, por lo que la controversia principal se suscita entre dos compradores extraños mutuamente y es únicamente convocada a juicio por el comprador inscrito, la vendedora para que responda por evicción en su caso, en la forma y términos previstos en el artículo 1475 del Código Civil, por cuyas razones el motivo no puede prosperar."

*Sin embargo, lo que verdaderamente habría determinado que la sentencia acogiera una posición dualista en torno al tercero hipotecario, hubiera sido su amparo a don René siendo este inmatriculante, más tal protección no se plantea, sino que precisamente se afirma que obró correctamente la Sala "a quo" al hacer prevalecer la compraventa de Don René por ser adquirente de un titular registral. Las palabras de la sentencia son lo suficientemente elocuentes para comprobar que el art. 1473.2 CC. se interpreta en el ámbito de la fe pública registral y no del principio de inoponibilidad:*

**"DÉCIMO.-** El motivo 9.º.- al amparo del ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción por aplicación indebida del artículo 1473 del Código Civil en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, infringido por el mismo concepto y jurisprudencia, cuyas sentencias invoca. Decae el motivo porque sienta la tesis de que no se está en presencia de un supuesto de doble venta, puesto que el primer contrato de compraventa, celebrado por el documento privado fue consumado por haberse realizado la entrega de la finca vendida, que por ello deviene válida y consecuentemente, la segunda compraventa constatada por escritura pública no podrá ser tal, es decir con virtualidad jurídica por carecer de causa y objeto. La tesis

mantenida por el recurrente, olvida que es suficiente la existencia formal de los dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados y que con plena ortodoxia fueron la regla de oro mantenida por la Sala «a quo» para su discernimiento. Desde luego hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido probada, declarada por dicha Sala y no descalificada en los precedentes motivos del recurso, y que constituye el substratum sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es *la protección del tercero hipotecario*, ... ; y *ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral* precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y *en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena [fe] del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria*, quedando a salvo de los derechos de orden personal del primer adquirente, burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá, en su día, de responder, según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad, pero que en esta litis, como ya se dijo, no se ha suscitado como tema a decidir. Y que esto es así, lo demuestra hasta la saciedad el párrafo 3.º del artículo 1473; si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego ... de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada". <sup>210</sup>

210

Es de notar que de este último párrafo se desprendería una interpretación del art. 1473.3º del siguiente tenor: "Cuando no haya inscripción" que reúna los requisitos para ser amparada por la fe pública registral, "pertenece la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión ...".

En nuestra opinión, tras la lectura completa de este Fundamento de Derecho, resulta difícil sostener alguna de las consideraciones que hace GARCÍA GARCÍA, al hilo de esta sentencia.<sup>211</sup>

Comentando esta sentencia dicen ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL: "... Desde luego ha de admitirse llanamente que se trata, en el supuesto de doble venta, de un conflicto o colisión de dos títulos inscribibles, pero la sentencia no excluye la aplicación a tal hipótesis, el de doble venta, incluido en el art. 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1473, párrafo 2.º, del Código civil, de las reglas del art. 34 de dicha ley, es decir, de la fe pública registral."<sup>212</sup>

En cuanto a la STS. de 17 de octubre de 1989 (RJA. 1989/6928) <sup>213</sup> distingue efectivamente entre principio de fe pública registral y principio de inoponibilidad, con las siguientes palabras, extraídas del Fundamento de Derecho 2º: "... En el mismo motivo la parte recurrente alega igualmente la infracción, por no aplicación de los arts. 1, 31, 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria y 173 del Reglamento Hipotecario. Los diversos artículos de la legislación hipotecaria cuya infracción se invoca se inspiran, en resumen, en los dos siguientes principios. **Principio de fe pública registral, según el cual el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente** (arts 34 y concordantes Ley Hipotecaria). Y **principio de inoponibilidad de lo no inscrito, según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos. Por virtud de esos principios, al tercero que adquiere en determinadas condiciones sólo le afecta lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro.**"

La sentencia estima el recurso interpuesto por la Caja de Ahorros de Canarias por entender que resulta protegida en su situación de acreedor hipotecario por el art. 34

<sup>211</sup> Cfr.: GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993. Págs., 88 a 90. Especialmente, las consideraciones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 6ª, de la Pág., 90.

<sup>212</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág., 250, nota 152.

<sup>213</sup> Ponente: Ramón López Vilas.

LH, y porque la modificación o subsanación de la compraventa inscrita, no puede afectarle por su falta de inscripción y conocimiento, citando a continuación los arts. 32 y 34 LH. El hecho de no precisar la sentencia las circunstancias que deba reunir el tercero para ser amparado por el principio de inoponibilidad y el hecho de citar conjuntamente los arts. 32 y 34 LH. dejan en la duda si efectivamente hubo aplicación, como *ratio decidendi* del fallo, de una interpretación autónoma del art. 32 LH. inclinándonos por la negativa.

Finalmente menciona GARCÍA GARCÍA la STC 69/1995 de 9 de Mayo. (La Ley, 3 - 1995. Págs. 3 y ss).. Se trata de una sentencia desestimatoria de un recurso de amparo interpuesto contra varias resoluciones judiciales acordadas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, desarrollado conforme al antiguo art. 131 de la LH. Don Juan A. y C de B. había otorgado un usufructo en favor de su madre D<sup>a</sup> Luisa C de B, por título de compraventa el 10 de noviembre de 1981, usufructo, sobre finca inscrita en el Registro de la Propiedad, que no fue inscrito hasta el 30 de noviembre de 1989. En el ínterin, concretamente el 11 de abril de 1989, Don Juan, silenciando la existencia del usufructo en favor de su madre, otorgó una escritura de hipoteca en garantía de un crédito, en favor del Banco P., el cual inscribió la escritura el 15 de septiembre de 1989. La hipoteca, pues, por haber accedido con carácter previo al usufructo, tenía rango hipotecario preferente sobre éste. Don Juan no satisfizo la deuda garantizada y el banco acreedor P. inició el procedimiento de ejecución hipotecaria, del que tuvo conocimiento la usufructuaria. El proceso concluyó, aprobándose la adjudicación en favor del Banco P. por auto de 11 de abril de 1994, y ordenándose la cancelación de la hipoteca ejecutada y de cuantas inscripciones y anotaciones se hubieran practicado con posterioridad a su inscripción. El Banco interesó la posesión de la finca, accediendo a ello el Juzgado. La usufructuaria, sin embargo, recurrió las decisiones del juzgado, "alegando su condición de usufructuaria e invocando, con apoyo en la STC. 6/1992, la indefensión de que sería objeto de acordarse el lanzamiento". El juzgado no apreció indefensión y remitió a las partes al juicio declarativo correspondiente. (antiguo art. 132 LH.. ) La usufructuaria interpuso recurso de amparo, denunciando la indefensión sufrida contraria al art. 24.1 CE., por haber acordado el Juzgado su lanzamiento de la finca hipotecada y adjudicada, pese a su condición de usufructuaria, "sin haber sido previamente oída en el correspondiente juicio ordinario que le permitiera, de modo

contradictorio y con igualdad de armas procesales, alegar las razones que le asisten para no ser lanzada de la finca". Esta alegación se hace con apoyo en la STC. 6/1992 que, con relación a una arrendataria con contrato de arrendamiento sujeto a la LAU. de 24 de diciembre de 1964 y celebrado con posterioridad a la constitución de una hipoteca sobre la finca,<sup>214</sup> obtuvo el amparo del TC., el cual ordenó al Juzgado abstenerse de ordenar el lanzamiento en el procedimiento de ejecución hipotecaria por exigir el derecho de defensa de la arrendataria que tal lanzamiento se efectuase tras haber sido oída en un procedimiento contradictorio. Si tal derecho se reconoció a una arrendataria, argumenta la recurrente, con mayor motivo debe reconocerse a una usufructuaria.

*El Tribunal Constitucional, apoya la desestimación del recurso de amparo en el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos (arts. 32 LH. y 606 CC.), junto a otros argumentos. En su opinión, en el caso de STC. 6/1992, la arrendataria no tuvo ni se le dio oportunidad de intervenir en el procedimiento, mientras que en el presente caso la usufructuaria tuvo la oportunidad de intervenir en el procedimiento, aunque fuese en la forma limitada que la ley permite, ya que se le notificó la existencia del procedimiento a los efectos de la regla 5ª del art. 131 LH. y recibió la notificación de las fechas señaladas para las subastas conforme a la regla 7ª del art. 131, por lo que no cabe apreciar indefensión. Por otro lado, en el caso de la STC. 6/1992, se trataba de un arrendamiento de vivienda sujeto a la prórroga legal del art. 57 LAU., lo que no permitía dilucidar fácilmente si la ejecución hipotecaria extinguía o no el arrendamiento, existiendo además una Jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la permanencia del vínculo arrendaticio. Estas razones "aconsejaron remitir la decisión del problema a un proceso contradictorio, posterior al de ejecución hipotecaria, en el que la arrendataria y el adjudicatario pudieran hacer valer sus respectivos derechos con igualdad de armas procesales." **En cambio, en el caso presente, "la cuestión relativa a si el derecho de usufructo ... quedaba extinguido o resultaba inoponible al adjudicatario podía ser resuelta prima facie por el órgano judicial de forma sencilla " conforme a una serie de principios: "el principio de purga o extinción de los derechos posteriores a la constitución de la hipoteca que***

<sup>214</sup> LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y la indefensión de los ocupantes de los inmuebles objeto de ejecución y adjudicación*. La Ley, 3-1995. Pág. 4.

*deriva de la ejecución hipotecaria, puesto en relación con los principios hipotecarios de inoponibilidad de los títulos no inscritos (arts. 606 CC. y 32 LH.), de fe pública registral (art. 34 LH.), y de legitimación o exactitud registral (Art. 38 LH.)". Estos principios permiten sostener prima facie, como razonablemente ha entendido el Juzgador de Instancia, que "el derecho de usufructo, cualquiera que sea la fecha de su constitución, inscrito con posterioridad al derecho de hipoteca, no puede perjudicar ni ser oponible al adjudicatario de la finca hipotecada en el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 131. 8ª LH.)"* En definitiva, pues, "... la decisión del Juzgado de no remitir al adjudicatario a otro procedimiento para obtener el lanzamiento de la usufructuaria no entraña ninguna limitación o privación del derecho de defensa de la recurrente, que tiene a su disposición el juicio declarativo que le brinda el art. 132 LH. para hacer valer sus derechos tanto frente al adjudicatario como frente al constituyente del derecho de hipoteca."

La aplicación del principio de inoponibilidad y de los arts. 32 LH. y 606 CC. constituye *en este caso ratio decidendi del fallo*,<sup>215</sup> *si bien junto al principio de fe pública registral y sin poder apreciar verdaderamente la virtualidad del principio en favor de quien no trae causa de un titular registral anterior.*

Con estos comentarios de las sentencias que cita GARCÍA GARCÍA en apoyo de la tesis dualista, concluimos la que hemos considerado exposición glosada y sistemática de la misma, pasando a continuación a analizar la interpretación particular del art. 32 LH. que ofrecen otros dos juristas calificados de dualistas: GARCÍA - BERNARDO LANDETA y RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

#### IV. OTRAS INTERPRETACIONES DUALISTAS DEL ART. 32 LH..

Hemos seleccionado, como objeto de particular tratamiento, las opiniones en torno al tercero del art. 32 LH. de GARCÍA - BERNARDO LANDETA y RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL por constituir, la opinión del primero, un particular y matizado dualismo, y la opinión del segundo, un pluralismo en torno al concepto de tercero hipotecario, pluralismo en el que cabría destacar la existencia de tres terceros (aparte de otros), el del art. 32, el del art. 34 y el del art. 36 LH..

<sup>215</sup> Cfr. : LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *La doctrina ...*, Op. cit., . Pág., 10.



Este pluralismo afectaría fundamentalmente al importante requisito de la buena fe, que no se exigiría al tercero del art. 32 LH., se exigiría al tercero del art. 34, pero sin que tuviese que desarrollar una conducta diligente para ostentarla, y se le requeriría al tercero del art. 36 LH., que habría debido desplegar una conducta diligente para ser protegido frente a la usucapión *contra tabulas*. Glosamos, pues, a continuación, por su relevancia, las doctrinas de estos autores.

### 1. El particular y matizado dualismo de GARCÍA - BERNARDO LANDETA.

GARCÍA - BERNARDO LANDETA distingue entre terceros civiles, extrarregistrales o externos y terceros registrales o internos. Es tercero civil - dice - "el sujeto activo de una relación jurídica que tiene en todo o en parte el mismo objeto de otra relación jurídica anterior de la que no es sujeto activo [y que le es incompatible o perjudicial]. El sujeto activo de esta última es también tercero civil respecto de aquél suponiendo que ninguno haya inscrito o anotado el título que les confiere su respectiva relación jurídica".<sup>216</sup> El tercero registral, en cambio, "es el sujeto activo de una relación jurídica reflejada *íntegramente* en el Registro de la Propiedad frente al sujeto activo de otra relación jurídica que tiene en todo o en parte el mismo objeto, éste reflejado o no en el mismo Registro", y que le es incompatible o perjudicial. El que la relación jurídica de que es sujeto activo el tercero registral esté *íntegramente* reflejada en el Registro implica que esté reflejada en *todos sus elementos, incluido el transmitente. Esto es, el transmitente en la relación jurídica ha de ser un titular registral*.<sup>217</sup> (Cva. ntra.)

El tercero civil que ha registrado su título adquisitivo (por ejemplo, el inmatriculante), no es tercero registral. El inmatriculante es sujeto activo de una relación jurídica civil y de un asiento registral; es tercero civil y titular registral, pero no es un tercero registral o interno.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales o internos*. RCDI., 1968. Nº 469. Págs., 1499 y 1500.

<sup>217</sup> *Ibidem*. Págs., 1501 y 1502.

<sup>218</sup> *Ibidem*. Págs., 1500 y 1501.

"Que para la fijación del concepto ... de tercero registral es decisiva la relación jurídica reflejada en el Registro y que por esto el inmatriculante no es tercero, resulta evidente del artículo 34 y claro del art. 32 LH. y 606 CC..

El art. 34 exige dos inscripciones, la del transferente y la del adquirente ...". En cuanto al artículo 32, exige implícitamente, para que los títulos de dominio y otros derechos reales que no estén debidamente inscritos no perjudiquen a tercero, *que el título de éste esté debidamente inscrito en el Registro*. Pero sólo es posible calificar si el título del adquirente está o no debidamente inscrito *por los asientos del Registro*.<sup>219</sup> Luego es decisiva la relación jurídica reflejada en el Registro para ser tercero registral o interno.<sup>220</sup>

De lo dicho hasta el momento se deduciría que GARCÍA - BERNARDO LANDETA considera que sólo es tercero registral o interno, el adquirente de un titular registral anterior, y que tanto el art. 34, como el art. 32 de la LH., se referirían a dicho tercero interno. ¿En qué radica, pues, el dualismo de este autor?. Intentaremos explicarlo tomando como punto de partida las siguientes afirmaciones del mismo:

"... En nuestro sistema la inscripción es una carga impuesta por el legislador en aras a la seguridad del comercio jurídico inmobiliario. Quien cumple esa carga y por el Registro *sabe que su transferente está legitimado* ... es un tercero. Este tercero interno o registral adquiere ... por ministerio de la Ley, si reúne los demás requisitos del art. 34 ... La Ley, el artículo 609 del CC. le confiere un título que aniquila a los demás que se le opongan, *que le sean incompatibles, que le perjudiquen, aunque sean válidos*."

Si a este tercero registral o interno - continúa - "le falta la onerosidad, la buena fe o ambos requisitos, [nótese que no dice que le falte la adquisición de titular inscrito] **tenemos el tercero del artículo 32, que es impotente para aniquilar un título válido que le sea incompatible ...**", pero que **sí que puede alcanzar una posición preferente o mejor rango frente a un título válido compatible con el suyo. Es un tercero peculiar que vence en**

<sup>219</sup> El autor debe hacer referencia a la calificación registral por lo que resulte de los asientos del Registro, a que hace referencia el art. 18 LH. en relación con los arts. 20, 17 y 13, entre otros, de la LH..

<sup>220</sup> GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales ...*, Op. cit., Págs., 1501 y 1502.

**conflictos entre derechos de posible coexistencia, mediante "un sistema de preferencia, de prioridad, de rango.** Sin este tercero los arts. 24 y 25 de la LH. no tienen sentido frente al 17 de la misma Ley.<sup>221</sup> La fecha de la inscripción en honor a este tercero *mata la fecha del documento* [no inscrito], mas no el negocio jurídico documentado; mientras que el vigor del tercero del artículo 34 es tal, que la inscripción destruye también el negocio jurídico documentado en su aspecto real al imponer la pérdida del derecho real válidamente adquirido, subsistiendo tan sólo el negocio en su aspecto obligacional como base de un saneamiento por evicción, de una acción personal (art. 37, apartado último)."<sup>222</sup> (Cva. y negr. ntras.)

Es decir, para GARCÍA - BERNARDO LANDETA, existen en la Ley Hipotecaria dos terceros registrales o internos, el del art. 34, que es un tercero excluyente, y el del art. 32, que es el tercero de la prioridad. El supuesto de hecho del art. 34 lo constituyen la adquisición de un titular registral que no es dueño, o de un titular registral que enajena como libre un dominio gravado, o de un titular registral que ha constituido antes sobre la misma finca un derecho incompatible con el que ahora se adquiere. En todos estos casos se infringe la regla de que nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene. Frente a tales infracciones, sólo el art. 34 LH. puede sanar el vicio de falta de legitimación activa de que adolece el negocio jurídico traslativo.

Diferentemente, el supuesto de hecho del art. 32 LH. es el de una adquisición de un titular registral *versus dominus*. De este titular se adquiere un derecho de posible coexistencia con otro anteriormente constituido por el mismo. Así, un tercero típico del art. 23 LH. era el segundo acreedor hipotecario inscrito, frente a un primero de fecha anterior con hipoteca no inscrita. El conflicto entre los acreedores hipotecarios se resolvía graduando las hipotecas por las fechas de sus inscripciones. Al imponer el CC. (art. 1875) la inscripción como requisito de

---

<sup>221</sup> Para el autor, el art. 17 LH. se refiere a la prioridad, que produce cierre registral, entre títulos incompatibles (y al mismo supuesto de hecho de títulos incompatibles se refiere el art. 34 LH.). En cambio, los arts. 24 y 25 LH. se refieren a la prioridad entre títulos compatibles, que no causa cierre registral, por lo que si se negase la existencia de un tercero de la prioridad en el art. 32 LH. se dejaría sin posibilidad de actuación la prioridad registral establecida en dichos artículos, que carecerían de sentido. El razonamiento del autor vendría a ser el siguiente: ¿para qué establecer una prioridad entre inscripciones relativas a títulos compatibles por la fecha y hora del asiento de presentación, si el que obtenga tal prioridad registral *no va a ver derivados de ella en su favor determinados efectos sustantivos de efectiva preferencia frente a las inscripciones posteriores?*

<sup>222</sup> GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales ...*, Op. cit., Págs., 1507 y 1508.

validez de la hipoteca arrancó del art. 23 uno de sus personajes más típicos y oscureció la figura del tercero de dicho artículo.<sup>223</sup>

Mientras que por el art. 34 LH. se producen adquisiciones *a non domino, ex lege*, basadas en la apariencia legitimadora derivada del Registro, (art. 609 CC. en relación con el art. 34 LH.) y derogatorias del principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, en el art. 32 LH. las adquisiciones son *a vero domino* y el precepto sólo establece un principio de prioridad registral (y como veremos más adelante, un matizado principio de inoponibilidad). El tercero del art. 32 no usurpa nada a nadie; sólo gana un rango registral. No tiene que creer en una apariencia de titularidad sino en la realidad jurídica de la legitimación de su transferente para crearle el título. En el art. 32 no hay nada que sanar. Sólo hay que tutelar la diligencia. Precisamente por estos motivos no se le exige buena fe.<sup>224 225</sup>

Respecto a la buena fe, que se exige *expresamente* en el art. 34 LH., porque el fin de este artículo es sanar la falta de legitimación del transferente por carecer de ella o estar limitada, y que no se exige en el art. 32, al no tener el precepto tal finalidad, plantea el autor el siguiente dilema:

"Fijada la preferencia [entre títulos compatibles y respecto de los cuales no hay cierre registral del art. 17 LH.] por el orden de fechas de las respectivas inscripciones, y si fueren de igual fecha por la hora de la presentación en el Registro (arts. 24 y 25 LH.), [o bien] debemos dar ... beligerancia a una tenue mala fe [conocimiento del título compatible anterior no inscrito] (*sic*), que nada usurpa, que nada expolia, pues lo que tiene lo recibe de quien puede [constituirlo, por ser titular real con arreglo al Derecho civil puro]" y que va acompañada de una diligencia, al haberse ejecutado la carga de la inscripción que la ley impone, o bien debemos dar beligerancia a la confianza del que no inscribe "que es auténtica negligencia".

<sup>223</sup> En la hipótesis de que esta teoría sobre el art. 32 LH. fuese correcta, hoy cabría subsumir en el precepto un conflicto entre censos consignativos de posible coexistencia, por ejemplo.

<sup>224</sup> Porque su inscripción nada usurpa a nadie - dice -, ha adquirido del dueño y el Registro no tiene que convalidar la falta de titularidad o legitimación del transferente. El acto que contiene el título compatible inscrito nada tiene que sanar. Ha conferido una titularidad sin vicio al adquirente inscrito.

<sup>225</sup> GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales...*, *Op. cit.*, Págs., 1508, 1517 a 1519, 1522 y 1523.

El dilema planteado cabe ejemplificarlo del siguiente modo: A, dueño de una finca hipotecada, la grava por medio de su apoderado B con una servidumbre de vistas en favor del edificio contiguo por el Este, por un precio X. Posteriormente, B, que es dueño del edificio contiguo por el Oeste adquiere otra servidumbre de vistas sobre dicho lindero Oeste por un precio, igualmente, de X. B inscribe su título adquisitivo antes que C, dueño del predio colindante por el Este, inscriba el suyo. "El acreedor hipotecario ejecuta la hipoteca [ que recae sobre el fundo sirviente ], y después de pagados el crédito, intereses, costas y gastos, ... [quedó una cantidad de X]. A no tiene más bienes ni deudas: ¿Quién cobra, B o C?". Si cobra preferentemente C, la buena fe opera en el supuesto de hecho, que se subsume en el art. 34 LH., y en el principio de fe pública registral. Si cobra B, "estamos frente a un tercero del art. 32 LH." <sup>226</sup>

En su opinión hay que dar preferencia al tercero registral interno del art. 32 LH. aún con mala fe, por ser éste el pensamiento de la Ley, que no exige al mismo ni onerosidad ni buena fe (art. 32 LH. en relación con el art. 69 de la misma).<sup>227</sup>

Respecto al requisito de la onerosidad, señala el autor que el donatario y el legatario son terceros protegidos por el art. 32 LH., siempre que no haya fraude de acreedores. El autor basa su criterio en el art. 37.4º a) LH. que habla de tercero con referencia al adquirente a título gratuito. "Las acciones rescisorias de *enajenaciones hechas en fraude de acreedores* ... perjudicarán a *tercero*:

a) Cuando hubiese adquirido *por título gratuito*. ..." El tercero por título lucrativo - deduce - no es protegido si hay fraude de acreedores, pero si es protegido en otro caso. <sup>228</sup>

Un caso de protección de un donatario por el art. 32 LH. sería el siguiente, en el que, como veremos, la protección dispensada por dicho artículo va a consistir también en una ***limitada inoponibilidad*** (esto es, no sólo en una resolución de conflictos, a base de una jerarquía registral, entre adquirentes ***a domino***). Inoponibilidad *limitada a adquirentes del*

---

<sup>226</sup> Ibídem. Pág., 1527.

<sup>227</sup> Ibídem. Págs., 1524 y 1529. Para el autor, el art. 69 LH. se refiere al tercero interno de la prioridad del art. 32: adquirente de un titular registral al que no se le exige onerosidad ni buena fe.

<sup>228</sup> Ibídem. Pág., 1529.

*verus dominus con legitimación real y según registro para otorgar el derecho inscrito*, es decir, más restringida que en los sistemas de transcripción, por exigencias del art. 34 LH. "que quedaría inoperante" si se aplicase la inoponibilidad a adquirentes, no sólo a domino, sino también, a non domino, *lo cual no es admisible en el Derecho español.*<sup>229</sup>

El ejemplo, pues, es el siguiente. Un acreedor refaccionario, después de terminadas las obras (o sea, fuera de plazo, según el art. 42.8º en relación con el art. 69 LH.) pretende anotar su crédito, pero la casa había sido donada, e inscrita la donación, siendo solvente el donante (no hay fraude de acreedores). En opinión de GARCÍA - BERNARDO LANDETA, el donatario debe ser protegido por el art. 32 LH, sin que se pueda alegar en su contra el carácter privilegiado del crédito refaccionario. Hay una negligencia por parte del acreedor refaccionario y no hay razón para resolver el conflicto en perjuicio del donatario "cuando el acreedor refaccionario, con alguna molestia, judicial o no, puede cobrar su crédito ...". En este caso no se trata de una graduación de derechos ni de un aniquilamiento del derecho del acreedor refaccionario. Éste conserva su derecho, aunque ha perdido la preferencia sobre la finca objeto de la refacción, y el tercero no mejora su posición con relación al acreedor refaccionario, sino que el derecho de éste le es inoponible.<sup>230</sup>

En definitiva, pues, para GARCÍA - BERNARDO LANDETA, el perjuicio que al tercero interno del art. 32 LH. le evita dicho precepto es el de que un título inscrito después que el suyo o no inscrito, adquiera un grado o rango superior al de su propio título, *atendiendo a la fecha del documento*. Así, si el valor de una finca en caso de ejecución hipotecaria, destrucción con seguro, etc., no alcanza para cubrir el valor de los derechos reales limitados compatibles que la gravaban, y la preferencia entre éstos, convertidos en derechos de crédito por el mecanismo de la subrogación real, *se resuelve con arreglo al criterio de pura prioridad registral del art. 32 LH, los títulos no registrados o registrados con posterioridad no perjudicarán, aunque sean de fecha anterior, al tercero del art. 32 LH., es decir, no adquirirán una posición preferente respecto de su derecho, (el del tercero), en la graduación entre los derechos de crédito*. Pero "no se agota la figura del tercero interno [del art. 32 LH.]

---

<sup>229</sup> Ibídem. Págs., 1530 y 1531.

<sup>230</sup> Ibídem. Págs., 1529 y 1530.

en la prioridad, sino que la tutela registral del mismo se extiende a supuestos donde no se discute un rango, sino un perjuicio a derecho inscrito. El ejemplo que hemos puesto del artículo 69 [el del donatario frente al acreedor refaccionario] es una de las manifestaciones de esta tutela."<sup>231</sup>

¿Qué decir de esta tesis de GARCÍA - BERNARDO LANDETA sobre el tercero del art. 32 LH.? En nuestra opinión, tiene varios elementos en su contra. Por un lado *el tenor literal del art. 32 LH.* que habla de títulos de dominio no inscritos, no sólo de derechos reales limitados no inscritos. Y en cuanto a éstos, no diferencia entre derechos reales limitados incompatibles y de posible coexistencia. En segundo lugar, el art. 40 LH., que admite la posibilidad de rectificación del Registro por falta de acceso al mismo de *cualquier relación jurídica inmobiliaria*, (incluidos títulos anteriores *compatibles* con otros posteriores inscritos), con efectos sustantivos, esto es, perjudicando a tercero inscrito, salvo que éste haya adquirido su derecho durante la vigencia del asiento inexacto, *con buena fe y a título oneroso*. Sólo en este caso podría el titular de un derecho real compatible con otro anterior no inscrito, ganar efectiva y definitiva prioridad de rango frente a aquél. Finalmente, tampoco nos parece muy acertado el argumento de que al tercero interno de la prioridad no deba exigírsele buena fe *porque nada usurpa*. Tal tercero, en la hipótesis de que admitiéramos la construcción de GARCÍA - BERNARDO LANDETA, obtiene una preferencia o un rango que es muy relevante, como se ha podido ver, *especialmente en el caso de ejecución hipotecaria, dado el sistema español de purga de cargas*.<sup>232</sup> Para ganar tal rango preferente, derogando la prioridad civil, sería muy lógico que le fuese igualmente exigible la buena fe y la onerosidad. *Y de este modo llegaríamos al resultado de que el tercero del art. 32 LH. es el mismo tercero del art. 34.*

A modo de comentario final diremos que resulta curioso observar como GARCÍA - BERNARDO LANDETA *interpreta* la construcción de NÚÑEZ LAGOS intentando ver en ella su tercero registral de la prioridad (adquirente de un titular registral, *versus dominas*, que obtiene un rango preferente por la inscripción, frente a otros derechos reales limitados, no inscritos o inscritos con posterioridad, de posible coexistencia sobre la

<sup>231</sup> Ibídem. Págs., 1531 y 1532.

<sup>232</sup> Cfr. : Art. 134 LH. en la redacción dada por la Disposición Final 9ª.9 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

misma finca). Sin embargo, el tercero del art. 32 de NÚÑEZ LAGOS, como ya vimos, no reúne estas características.

He aquí reflejada la interpretación de la construcción de NÚÑEZ LAGOS a que aludimos: "... NÚÑEZ LAGOS, ... revolviendo en los papeles del Archivo de la Comisión General de Codificación encontró un legajo relativo a la discusión de la Ley de Hipotecas, mediante el cual demostró que cuando ya estaba redactada la parte fundamental de la Ley, ésta no contenía el artículo 34 ni tampoco el 33, siendo eje del sistema el art. 13, que paso a la Ley con el nº 23 y es el equivalente al 32 de la vigente.

La conclusión era evidente, si la parte fundamental de la Ley había sido redactada ..., teniendo como centro de irradiación el tercero del art. 23 (hoy 32), y sin modificación fundamental se habían introducido los artículos 33 y 34, el tercero referido en este último artículo habría de tener un alcance muy limitado. *El eje del sistema era el art. 23, que ... [incorporaba] ... el tercero interno de la prioridad. La excepción era el art. 33, ... que respetaba el aforismo nemo plus iuris transferre potest in alium quam ipse habet. Y la excepción de la excepción ... el art. 34, que introducía ... el tercero germánico ... el tercero interno excluyente o de dominio.*" <sup>233</sup> Parece evidente que lo que GARCÍA - BERNARDO LANDETA ve en la construcción de NÚÑEZ LAGOS no es el pensamiento de éste, sino su peculiar interpretación de las relaciones entre los artículos 32 y 34 de la LH.. Así, si bien en la tesis de GARCÍA - BERNARDO LANDETA puede decirse que el art. 32 LH. tiene un límite en el art. 33 de la LH. que es el mencionado principio *nemo plus iuris ... etc.*, (porque el tercero de la prioridad del art. 32 jamás será un adquirente asegurado frente a los efectos de dicho principio) y que la excepción a tal principio se encuentra en el art. 34, tales afirmaciones no pueden predicarse de la construcción de NÚÑEZ LAGOS, *pues su tercero del art. 32, es un tercero asegurado frente a los efectos de dicho principio romano, al poder desconocer, por el hecho de su inscripción, los gravámenes anteriores no inscritos que limitasen su adquisición.* <sup>234</sup>

<sup>233</sup> Ibídem. Págs., 1512 y 1513.

<sup>234</sup> En las adquisiciones derivativas, que son aquellas adquisiciones de derechos que se basan en la pérdida del mismo por el anterior titular (por ejemplo, traslación de la propiedad por medio de contrato de compraventa seguido de tradición) o en la reducción o limitación de un derecho del titular anterior (por ejemplo, constitución de un usufructo por el propietario), rigen las reglas de que nadie da lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*) y de que nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene (*nemo*



El propio GARCÍA - BERNARDO LANDETA pondría de relieve las diferencias entre su construcción y la tesis de NÚÑEZ LAGOS al decir en nota al pie de página<sup>235</sup>: "Algunos hablan del tercero latino, del tercero de los regímenes de transcripción, mas su concepto [el concepto de tercero interno de la prioridad] es diverso, *por exigencias del artículo 34 ... LH., del tercero que ... [estatuyen] ... las legislaciones de tipo latino, verbigracia, la francesa y la italiana.*" Palabras éstas con las que no sólo marca las diferencias con la construcción de NÚÑEZ LAGOS y la tesis dualista pura, sino con las que se aproxima a la tesis monista y justifica su propia construcción sobre el tercero del art. 32 LH..

## 2. El proteico concepto de tercero de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

En opinión de este Registrador de la Propiedad, el concepto de tercero no es unitario sino proteico, o cambiante de forma. "... De la propia Ley, al precisar los efectos de la inscripción,- dirá - surgen varios y muy diferentes terceros".<sup>236</sup> Así, el del art. 32 o tercero normalmente protegido, el del art. 34 o tercero especialmente protegido y el del art. 36 o tercero pluscuamperfecto, por serle exigible una buena fe más exigente que cabe denominar pluscuamperfecta.<sup>237</sup>

El tercero del art. 32 LH. es un simple titular inscrito a quien no perjudican los títulos no inscritos ni anotados respecto a los cuales no haya intervenido. No necesita los requisitos de onerosidad, buena fe, ni inscripción derivada de otra anterior. Este mismo tercero es el

---

*plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*). Consecuentemente, *el adquirente recibirá el derecho con los gravámenes a que estaba sujeto*, y no lo llegará a adquirir si realmente no pertenecía al transmitente. En otras palabras, en la transmisión de propiedad por virtud de negocio jurídico de disposición, el adquirente recibe el derecho con todas las ventajas y *con todos los defectos* con que lo disfrutara el transmitente. *Si por el hecho de la simple inscripción en el Registro, el adquirente puede desconocer los gravámenes anteriores que limitasen el derecho de su transmitente, es evidente que el hecho de la simple inscripción altera el principio nemo plus iuris ..., etc..* (Cfr.: ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil I*. Vol. 2º. 11ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1991. Págs., 23 y 24; MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. Nº 603. Pág., 611. )

<sup>235</sup> GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales ...*, *Op. cit.*, Pág., 1512, nota 21.

<sup>236</sup> DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976. Pág., 675.

<sup>237</sup> *Ibidem*. Págs., 659, 676 y 677.

tercero del art. 144 LH. o tercero frente a la modificación de la hipoteca inscrita. Cualquier hecho o convenio que modifique o destruya la eficacia de la hipoteca, no le perjudica si no está inscrito, anotado, o constatado en el Registro por nota marginal.<sup>238</sup>

El tercero del art. 34 es el tercero hipotecario o registral por antonomasia: "El causahabiente inscrito por vía onerosa y con buena fe de un titular registral anterior." Es el protegido por la legitimación absoluta del Registro o fe pública registral. Por haber contratado bajo la fe del Registro sólo puede perjudicarle lo que de éste resulte, quedando indemne frente a lo no inscrito. También es el perjudicado por los pronunciamientos registrales, a los que queda sujeto". Este mismo tercero del art. 34 es el tercero del art. 31 LH., siempre que haya inscrito su adquisición antes que la declaración de nulidad conste en el Registro; y el tercero del art. 76, a quien los derechos cancelados en el Registro no se le pueden oponer aunque subsistan en la realidad.<sup>239</sup>

El tercero del art. 36 es el tercero protegido frente a la usucapión consumada o que se consume dentro del año siguiente a su adquisición, a quien además de los requisitos exigidos al tercero del art. 34 se le exige que "no haya conocido ni tenido medios racionales o motivos suficientes para conocer la discrepancia entre realidad posesoria y el Registro." Es decir, este tercero del art. 36, para no ser vencido por la usucapión *contra tabulas*, "no sólo debe haber ignorado la inexactitud registral, o sea, la posesión ajena a título de dueño y por el tiempo legal, sino que, además, se le exige que no haya tenido medios racionales y motivos suficientes para adquirir ese conocimiento."<sup>240</sup>

Aparte de estos terceros, existirían otros varios.<sup>241</sup>

---

<sup>238</sup> Ibídem. Págs., 676 y 678.

<sup>239</sup> Ibídem. Págs., 675, 676 y 677.

<sup>240</sup> Ibídem. Págs., 659 y 677.

<sup>241</sup> Así: *El tercero en relación con el aplazamiento del pago, cuando éste no se ha asegurado con garantía real ni condición resolutoria explícita. (Art. 11 LH.)* "Es un titular inscrito protegido contra lo no inscrito y aunque conozca la existencia del aplazamiento de pago no responde de él si adquiere e inscribe la finca y tiene preferencia para el cobro si inscribe un derecho real de crédito." *El tercero del art. 13*, a quien sólo perjudican los derechos reales limitativos y los gravámenes que estén inscritos en el folio real de su finca, quedando indemne ante lo no inscrito o lo inscrito en otro folio. *El tercero del art. 28 LH.*, que no es el heredero real sino quien adquiere a título oneroso y con buena fe del heredero aparente e inscribe su adquisición. *El tercero del art. 37*, que es un tercero *semejante* al del art. 34. En virtud de su inscripción, título oneroso y buena fe queda indemne de los resultados de las acciones rescisorias, resolutorias y

Quizás partiendo de la distinción que establece DE LA RICA Y ARENAL entre tercero normalmente protegido, tercero especialmente protegido y tercero pluscuamperfecto, SERRERA CONTRERAS ha hablado, frente a monismo y dualismo, de *triadismo*, con referencia a tres terceros: el *minus quamperfecto*, del art. 32, que no requiere adquirir de titular inscrito; el tercero hipotecario *strictu sensu*, que es el del art. 34, y el tercero *plus quamperfecto*, colocado ante la usucapión contra tabulas, al que se exige una buena fe más reforzada.<sup>242</sup>

---

revocatorias, derivadas de causas que no consten explícitamente en el Registro. *El tercero del art. 40*, no perjudicado por la declaración de inexactitud y rectificación registral, si reuniendo los requisitos del art. 34, hubiese inscrito su adquisición durante la vigencia del asiento que se declare inexacto. *El tercero del art. 114*, en relación con el pago de intereses del crédito hipotecario. "Este es un simple adquirente, ajeno al negocio de hipoteca, que ha inscrito su derecho con posterioridad a la inscripción del acreedor, y al cual sólo se le puede exigir los intereses de los últimos cinco años, si así se hubiese pactado, como máximo, o, a falta de pacto, los de los dos últimos años y parte vencida de la anualidad corriente. Es el mismo tercero a que se refiere el art. 146." *El tercero del art. 120*. Sólo se puede repetir contra él por la responsabilidad a que según el Registro esté afecta su finca. Es un titular inscrito al que sólo le afecta lo que resulta del Registro, siempre que su adquisición sea onerosa, o gratuita a título singular. *El tercero del art. 142*, "en cuanto a hipotecas que garanticen obligaciones futuras o sujetas a condiciones suspensivas o resolutorias". Es un tercero igual al anterior con la protección normal del sistema y vinculado a lo que resulte del Registro. Si la obligación futura se contrae o la condición suspensiva se cumple, la hipoteca perjudicará al tercero desde su inscripción. Si la condición resolutoria se cumple, "la hipoteca existirá respecto a ese tercero hasta que en el Registro se constate el cumplimiento de la condición". *"El tercero en relación con la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157)*. Es éste un tercer adquirente de la finca hipotecada que, ya la adquiera por remate judicial o por contrato, queda vinculado, no sólo a la responsabilidad real que pesa sobre la finca, sino a la obligación de pago de la renta o prestación," aunque respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas goza de los mismos límites que establecen los arts. 114 y 115. 1º y 2º para los intereses. "Este tercero ha de tener onerosidad e inscripción, pero es ajeno a la exigencia de buena fe". *El tercero del art. 207*. Es "un tercer adquirente de cualquier derecho sobre la finca inmatriculada, al cual no protege la fe pública registral hasta que transcurran dos años desde la fecha de inmatriculación. Por eso, el texto vigente dice que la inmatriculación no surtirá efecto << respecto a tercero >>, en vez de decir, como la Ley anterior, << contra tercero >>, según con acierto hace notar Ángel Sanz." *El tercero del art. 220*. "Aquí son terceros todos los titulares de cualquier derecho inscrito con posterioridad o con anterioridad a la fecha de la inscripción que se rectifica, respecto de los cuales la rectificación produce efectos desde su fecha, pero a los cuales deja a salvo la Ley su derecho para reclamar contra la falsedad o nulidad del asiento rectificado o del título que lo produjo." *"El tercero en relación con las certificaciones del Registro (art. 225)*. ... No se trata aquí del tercero registral normal ni del especialmente protegido, sino de un tercero general [o *poenitus extraneus*] en cuyo perjuicio sólo pueden acreditarse las cargas y gravámenes con la certificación registral. La libertad de gravámenes no es fácil que perjudique a ningún tercero, a no ser el que quisiera justificar la existencia de la carga; pero también respecto a éste el estado de libertad de cargas, que le perjudica, habrá de acreditarse mediante dicha certificación." *El tercero del art. 313*, en cuyo perjuicio no pueden presentarse documentos inscribibles no inscritos. Es toda persona ajena al acto jurídico a que el documento se refiera, y contra la que se pretende hacer valer el derecho que el mismo contiene. Puede ser un titular civil o un titular inscrito, y dentro de éstos, un simple titular registral o un titular especialmente protegido. (Ibídem. Págs., 675 a 679).

<sup>242</sup> SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. Nº 593. Págs. 1210 y 1211.

*Dejamos para el Capítulo IV, en que trataremos de los requisitos que debe reunir el tercero mencionado en el art. 32 LH. para obtener la protección registral, la crítica de esta doctrina pluralista del tercero, de la que claramente discrepamos, no sólo en cuanto a lo relativo a que el sujeto protegido por la Ley Hipotecaria es único, sino en cuanto a que la buena fe exigible para su protección, resulta de la interpretación sistemática y conjunta de los arts. 32, 34 y 36 LH..*

## **V. EXPOSICIÓN COMENTADA DE LA TESIS MONISTA TAL Y COMO HA SIDO DEFENDIDA POR ROCA SASTRE Y ROCA - SASTRE MUNCUNILL.**

Pasamos a hacer ahora una exposición sistemática y detallada de la tesis monista del tercero hipotecario, que es la que nosotros sostenemos. En esta exposición sistemática (centrada en quién sea el tercero contemplado por el art. 32 LH. y a qué requisitos deba supeditarse su protección) seguimos a ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL por el mismo motivo que seleccionamos a GARCÍA GARCÍA en la exposición sistemática de la tesis dualista. ROCA SASTRE fue, fundamentalmente frente a TIRSO CARRETERO, el principal adalid del clásico monismo hipotecario y, hasta fecha reciente, lo ha sido el fallecido ROCA - SASTRE MUNCUNILL, frente a GARCÍA GARCÍA.

### **1. Presentación preliminar.**

ROCA SASTRE mantuvo en su día,<sup>243</sup> (y recientemente ha continuado su misma línea argumental, ROCA - SASTRE MUNCUNILL<sup>244</sup>) una tesis monista del tercero hipotecario, es decir, la tesis de la existencia en la Ley Hipotecaria de un único sujeto o tercero protegido frente a inexactitudes de los libros (desacuerdos de los mismos con la realidad jurídica extrarregistral), por el principio de fe pública registral. Un caso de inexactitud de los libros y de mantenimiento

<sup>243</sup> Parece ser que fundamentalmente en el artículo titulado "El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma", (RCDI., Julio - Agosto 1965. Nº 446 - 447. Págs., 781 a 829), y cuyo contenido recogió el autor en las ediciones 6ª y 7ª de su obra "Derecho Hipotecario ". (Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 196, nota 55.)

<sup>244</sup> ROCA - SASTRE MUNCUNILL, que ha realizado una puesta al día en sistemática y contenido de la obra "Derecho Hipotecario" de ROCA SASTRE, recoge los razonamientos que éste vertió, defendiendo el monismo hipotecario (*Op. cit. Supra*. Págs., 196 a 221, especialmente) y añade otros nuevos, fundamentalmente motivados por su necesidad de réplica a GARCÍA GARCÍA.

de lo proclamado por el Registro, en beneficio del tercero que confió en el mismo, es el del art. 32 LH.: el caso de la falta de acceso al Registro de los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, o como dice el art. 40 a) LH., la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria.

Para sostener esta tesis, ROCA<sup>245</sup> se apoya en argumentos de derecho positivo (una interpretación sistemática de diversos preceptos de la Ley Hipotecaria vigente y del Código Civil), en la jurisprudencia y en el argumento histórico y de Derecho comparado, demostrando como la Ley Hipotecaria de 1861, si bien tuvo cierta influencia de los sistemas de transcripción, fue primordialmente "germana" y acogió el principio de fe pública formulándolo en diversos preceptos, entre ellos el art. 23, el cual, teniendo sus antecedentes en los Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil de 1851, que eran fiel expresión de las legislaciones germanas, contempló el único tercero protegido por la LH., el tercer adquirente inscrito de un titular registral anterior, al que no perjudicaría nada que no constase en el Registro.

En el marco de su planteamiento, ROCA interpreta el supuesto de hecho del art. 1473.2 del CC., como un supuesto más de inexactitud registral, subsumible también en el art. 32 LH., en relación con el art. 34 de la misma. El art. 1473.2 CC. se refiere a fincas inmatriculadas y el sujeto protegido, primero en inscribir, es un tercero hipotecario que reúne los requisitos del art. 34 LH.. Otra interpretación no sería posible porque en el Derecho español existen abundantes preceptos que impiden que un tercero, por el mero hecho de inscribir, sea protegido frente a títulos no inscritos.

## **2. El argumento histórico justifica la tesis monista.**

Explica ROCA que la Ley Hipotecaria de 1861 superó el simplismo de los sistemas de transcripción, inspirándose en la legislación de algunos Estados alemanes. Así en la Ley u Ordenanza Hipotecaria de 20 de diciembre de 1783 y en el Código Civil Común de 5 de enero de 1794 (ambos de Prusia);<sup>246</sup> en la Ley de Baviera y en las Leyes de otros Estados alemanes

<sup>245</sup> Entiéndase, cuando hablemos de ROCA, que hacemos referencia a ROCA SASTRE y a ROCA - SASTRE MUNCUNILL, dada la continuidad de pensamiento y de obra escrita, entre los dos.

<sup>246</sup> GIMÉNEZ ROIG considera que fue el Código Civil prusiano de 1794 lo que tuvo en cuenta el legislador al redactar la Ley Hipotecaria de 1861. En Prusia se seguía un sistema de compraventa traslativa de finca

que no seguían el criterio de la substantivación tabular. Todo ello sin negar que algún influjo pudo tener la legislación francesa y belga (pero en otros aspectos distintos al que nos interesa), y también la del Cantón de Ginebra de 1827. En apoyo de esta idea clave de la inspiración germánica de la Ley Hipotecaria, cita ROCA a BIENVENIDO OLIVER y a GARCÍA GOYENA, quien afirmó en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, que los Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil de 1851, que son los trabajos preparatorios más claros de la LH. de 1861, convenían sustancialmente con las legislaciones de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales eran la expresión más fiel del sistema germánico.<sup>247</sup>

Prueba de que la LH. 1861 no siguió la orientación de los sistemas de transcripción - dice ROCA - sino de los sistemas germánicos, es lo siguiente:

Al discutirse en 1841 la Ley de transcripciones francesa, se debatió si proteger a terceros subadquirentes frente a acciones de resolución, anulación, etc... (que sólo tendrían efecto contra tercero a partir de la fecha en que la acción se hubiese anotado al margen del asiento correspondiente, escapando los títulos anteriores a dicha fecha, a la retroacción de la sentencia) pero finalmente *no se acogió tal posibilidad*, por entenderse que no encajaba bien con el Código Civil francés y porque el Registro de transcripciones no debía tener fuerza probante. *La adopción de tal protección para los terceros subadquirentes estaba en oposición a la característica fundamental de los sistemas de transcripción que es el otorgar una protección basada en un criterio de pura prioridad registral.*<sup>248</sup>

*Por el contrario, la LH de 1861 acogió tal protección para el tercer subadquirente, y al hacerlo se orientó hacia el principio de fe pública, pese a la dualidad de preceptos (23 y 34) y a que se exaltase el art. 23; pese a que no hablase expresamente en su articulado del requisito de buena fe en el tercer adquirente y pese a que en la Exposición de Motivos se diese*

---

mediante tradición, y de publicidad registral con folio real. (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993. Págs., 215 y 221).

<sup>247</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Pág., 176.

<sup>248</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*. RCDL, 1965. Nº 446 - 447. Pág., 821.

una *aparente* impresión vacilante sobre el problema, pues *en realidad* predomina en ella el criterio de buena fe o mejor dicho, *de la confianza en el contenido del Registro*.<sup>249</sup>

En definitiva - afirma ROCA - la LH. de 1861 adoptó, en clara filiación germana, el principio de fe pública registral, reflejándolo especialmente en el art. 34 de la LH., pero también en otros (23, 35, 36, 37, 38, etc..). Esta formulación detallista, fragmentaria y analítica del principio, obedeció a la novedad que suponía para el Derecho español, si bien quizás se abuso de esta técnica, repitiéndose aquí y allá la posición del tercero (por otro lado, único), “que tanta literatura inútil ha provocado en detrimento de la noción exacta del verdadero juego de la protección registral”.

Ahora bien, la formulación de la fe pública se hizo con un lenguaje propio de los sistemas de transcripción (de hecho en la Exposición de Motivos se hablaba de que la Ley adoptaba el *principio de publicidad* y el de especialidad, cuando aquel principio era el predominante en los sistemas de transcripción) *porque aún no estaban creados los sistemas alemán y suizo*.

De hecho, dice ROCA, al crearse el sistema alemán por el Código Civil de 1896 y el suizo, por el Código Civil de 1907, el legislador de 1909 y 1944, acogió la técnica de estos Códigos, abandonando la terminología de “principio de publicidad” y sustituyéndola, por la de “principio de legitimación” y “principio de fe pública”.

Estas razones - concluye - son las que motivaron que la fe pública (entonces “principio de publicidad”) se formulase en un tono negativo, característico de los sistemas de transcripción. Así se decía que los actos o contratos adquisitivos *no se invalidarían* en perjuicio de tercero; que las acciones a las que hacían referencia los artículos 36 a 38, *no se darían* contra tercero; **que los títulos inscribibles no inscritos, no perjudicarían a tercero**, si bien el espíritu de la Ley era el de **mantener al tercero, que confió en el Registro, en su adquisición**.

---

<sup>249</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 217 y 218.

Es cierto - reconoce - que atendiendo a la mera estructura normativa del art. 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, el precepto era muy semejante al art. 1.3 de la Ley francesa de 23 de marzo de 1855 y al art. 1.1 de la Ley belga de 16 de diciembre de 1851, pero, a pesar de lo que por su texto pudiera parecer, el precepto *no estaba inspirado en los sistemas de transcripción*. En dicho precepto se vio, no la adopción de una norma propia de un sistema de transcripción con todas sus consecuencias, sino la adopción de *la regla general de que lo no inscrito (fuesen títulos, derechos, acciones, condiciones o hechos) no perjudicaba a tercero*, o contrariamente, que sólo lo inscrito, lo que resultase del Registro, perjudicaba a tercero. De ahí que se le atribuyese tanta importancia a dicho precepto.<sup>250</sup> Además, El Ministro NEGRETE afirmó durante la discusión parlamentaria del proyecto de autorización para publicar como ley el Proyecto de Ley Hipotecaria presentado a las Cortes, que la Ley no tenía nada de francesa; que tenía mucho de sistema alemán, y que con el tiempo probablemente tendría más.<sup>251</sup> Por otro lado, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 dejó entrever que el art. 23 se encuadraba dentro de la idea de buena fe o de protección a la confianza, al decir que “quien

<sup>250</sup> Es muy cierta esta afirmación de ROCA. De una lectura pausada de la Exposición de Motivos de la LH. de 1861 se desprende, como ya pusimos de relieve en el Capítulo Primero, que el art. 23 incorporaba un principio general de publicidad del que derivaba toda la ley, incluso el propio art. 34, lo cual demuestra la estrecha relación entre uno y otro precepto y que, evidentemente, uno y otro no podían responder a distintos sistemas de protección a terceros.

<sup>251</sup> FERNÁNDEZ NEGRETE, Ministro de Gracia y Justicia, en sesión de 24 de noviembre de 1860, durante la discusión del Proyecto de autorización para publicar la Ley Hipotecaria como ley, en respuesta al Sr. CAMALEÑO dijo:

“Yo reto a S.S. a que señale el origen de esta ley; de seguro que no acepta S.S. el reto. ¿Cuál es el origen de esta ley? ¿Es francés? No: **esto no tiene nada de francés**. La Francia acepta principios que esta ley combate. ¿Es alemán? ¿Cual es la ley alemana? En Alemania hay 21 leyes hipotecarias, si no estoy equivocado, fundadas sobre la turquesa, sobre el modelo de la Ordenanza de Federico II de 1783. Yo reto a S.S. que me diga: ¿qué ley alemana es la copiada?. Ninguna. **Naturalmente la nuestra se ha de parecer algo a ella; pero nada más que parecerse ... Hay aquí mucho del sistema alemán. Acaso con el tiempo haya más todavía; hay del sistema francés, y el sistema francés puede decirse que no es sistema ...**

El sistema germánico es un sistema completamente opuesto al romano; como que este último está en la necesidad de proteger al desvalido, naturalmente la ley por su propio ministerio concede esos derechos, esos privilegios, esas exenciones al desvalido, a la mujer casada, al menor, al incapacitado, etc.; éste es el principio romano. **El germánico es otro; dice: sean cualesquiera tus derechos, éstos no pueden perjudicar al de un tercero, y toda la economía de la legislación alemana está basada en este principio:** que nunca en las transacciones de un particular con otro particular, del marido con la mujer, se lastime el derecho de un tercero. Éste es el principio permanente de la ley: la publicidad para que nadie pueda ser engañado; la especialidad, porque en vano es la publicidad si no se especifica la finca que se va a apreciar, y de aquí la inscripción para consignar la fecha, el día en que esto se hace y demás circunstancias, para que no se confunda con ninguna otra cosa lo que es objeto de un contrato. Veá, pues, el Sr. Camaleño cómo no hay esa copia, ese plagio; lo que hace es acoger lo más a propósito para satisfacer las necesidades del pueblo español...”. (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias* .... Tomo I. Volumen II. *Op. cit.* Págs., 65 a 67).



tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él le es imputable, al que sin haberla cometido *ni podido conocer*, [por el Registro, es lógico pensar - dice el autor - <sup>252</sup>], adquiriera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe”, *exigencia de buena fe que aleja el precepto de la dinámica de los sistemas de transcripción, en los que incluso el que conoce la transmisión anterior no inscrita es protegido, siempre que carezca de ánimo fraudulento.*

En apoyo de su tesis de la filiación germana del art. 23 cita ROCA SASTRE el comentario al mismo de GÓMEZ DE LA SERNA, del cual se desprende que la protección al segundo comprador que inscribió primero tiene su base "*en la creencia por éste de que el dominio existía aún en el vendedor ante el silencio del Registro acerca de la primera venta*".<sup>253 254</sup>

"Era en definitiva - dice ROCA - el requisito de la *buena fe*, silenciado formalmente por la letra de la Ley Hipotecaria de 1861, el que impregnaba el sistema por ella introducido,<sup>255</sup> hasta que tuvo reconocimiento jurisprudencial al exigirlo el Tribunal Supremo como circunstancia que había de concurrir en el tercer adquirente para su protección registral, y que la reforma hipotecaria de 1944 recogió explícitamente en el texto de su art. 34. La jurisprudencia impuso dicha circunstancia de la buena fe en todos los casos en que el tercer adquirente pretendiera la protección del Registro, aunque con más frecuencia en los supuestos

<sup>252</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Pág., 821.

<sup>253</sup> Sin embargo, para desarmar la opinión dualista, mucho más trascendental que aquella idea de GÓMEZ DE LA SERNA que resalta ROCA SASTRE, encontramos ésta, que reproducimos antes y volvemos a traer a colación aquí ahora: "**para él, [ para el segundo comprador ] cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el registro**". Es decir, el segundo comprador protegido, es un adquirente de un titular registral anterior.

<sup>254</sup> Respecto de estas palabras de GÓMEZ DE LA SERNA, dijo RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE en su artículo "*Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*", lo siguiente:

"Hay que atribuir mucha importancia al sentido de estas palabras, que a pesar de no reflejarse explícitamente en el texto de la Ley, respondían al criterio, de *signo positivo*, de la *protección de la confianza en el contenido del Registro* y constituían el germen u origen de los requisitos de buena fe, de previa constancia registral del derecho del transferente y, en cierta manera, de onerosidad negocial, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y que en las evolutivas reformas sucesivas tendrían plena cristalización legal." (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., septiembre - octubre 1962. Nº 412 - 413. Pág., 592).

<sup>255</sup> Otro texto de la Exposición de Motivos de la L.H. 1861 en que se hace referencia a la buena fe, e incluso de manera expresa, es el siguiente: " ... la publicidad material consiste en que desaparezcan las hipotecas ocultas, en que no pueda perjudicar *al contrayente de buena fe* ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro". (Citado por RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. José María Bosch Editor, S. A.. Barcelona, 1994. Pág., 65, nota 131).

de doble venta, que parecen encajar mejor en el art. 23, párrafo 1º (hoy 32) de la Ley Hipotecaria, si bien el legislador hipotecario de 1944, o el de 1946, estimó innecesario reiterar tal requisito en todos los varios preceptos relativos al principio de fe pública registral, por resultar su comunicabilidad analógica a todos ellos.”

Otro argumento que destaca ROCA en favor del monismo de la LH. de 1861 es su art. 38, que precisaba los efectos que las acciones resolutorias, rescisorias, revocatorias ... tendrían frente a tercero. Dicho artículo “preveía supuestos en que el transferente era un titular registral, e incluso en el núm. 4º de tal precepto salvaba al tercero de tales acciones en el caso de <<doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita>>”.<sup>256</sup>

La postura de ROCA respecto a la génesis del art. 23 (hoy 32) de la LH. se resume, pues, en entender, por un lado, que el art. 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 no puede ser interpretado como procedente de un sistema de transcripción o como simple copia de un precepto propio del mismo, porque toda la LH., los comentarios a la misma de uno de sus redactores (GÓMEZ DE LA SERNA) y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, están teñidos de la idea de buena fe o confianza, propia de un sistema germánico. Por otro lado, que la Ley Hipotecaria, desde 1861, consideró al tercero, en todo caso, como un causahabiente de otro titular registral anterior.

De los argumentos expuestos concluye ROCA la existencia en la Ley Hipotecaria, desde sus orígenes, de un sólo tercero, con unos mismos requisitos de protección.

Con las sucesivas reformas de la LH., en los años 1909 y 1944 - 1946, el carácter prevaleciente del principio de fe pública registral, de inspiración alemana, y por tanto, del art. 34 LH., fue acentuándose; hecho que constituye un dato más a la hora de negar la existencia en el Derecho español de un tercero latino. No entiende ROCA como se puede afirmar que el art. 32 LH. responde al criterio de los sistemas de transcripción, cuando demuestra todo lo

---

<sup>256</sup> Además de los lugares citados en notas anteriores, esta exposición ha sido tomada de ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I... *Op. cit.* Págs., 110 a 115 y 171; Tomo II... *Op. cit.* Págs., 166 a 170.

contrario el sentido evolutivo de la legislación inmobiliaria registral que ha desembocado en el art. 40 LH.<sup>257</sup>

Respecto a la supresión del art. 23 por la Ley de reforma hipotecaria de 1944 y su reaparición en el texto aprobado en 1946 como art. 32, señala que este restablecimiento se hizo por respeto al texto del art. 606 del Código Civil o, mejor dicho, por no poder entrar en la correspondiente modificación del mismo, pero nunca en señal de reconocimiento de una dualidad de sistemas de protección de terceros, pues en otro caso, no se habrían introducido en la nueva ley preceptos que no implicaban dicho reconocimiento, como el art. 40. La nueva ley mantuvo el texto legal del actual art. 32 *para no omitir el efecto de afección al tercero hipotecario que reúne los requisitos del art. 34 LH. de lo inscrito y no, de lo ininscrito*, efecto que adquiere especial relieve en casos de cargas, gravámenes o limitaciones que por su especial naturaleza no son susceptibles de transmisión, ni de que les sean aplicables los efectos de la fe pública en su aspecto de *mantener al tercero en su adquisición*. Es el caso de las prohibiciones de disponer, del carácter reservable de los bienes, del gravamen de sustitución fideicomisaria, del modo causalizado, de los derechos legitimarios del tipo del art. 15 de la Ley Hipotecaria, etc.<sup>258</sup>

Las tendencias pluralistas sobre el concepto de tercero, viendo dos terceros en los arts. 32 y 34 LH. (e incluso otros terceros en otros preceptos), se han producido propiamente después de la reforma hipotecaria de 1944 - 1946. Antes hubo sólo *conatos*, llegando a tener cierto predicamento la posición de CAMPUZANO que distinguía entre el tercero *vulgar*, *legal*, *doctrinal* y *jurisprudencial*. Lo tradicional, pues, en el Derecho Hipotecario español, ha sido la contemplación de un único tercero protegido por la Ley Hipotecaria.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Págs., 819 y 824.

<sup>258</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. Op. cit. Págs., 229 y 230.

<sup>259</sup> *Ibidem*. Pág., 309.

### **3. El art. 32 de la Ley Hipotecaria, una aplicación del principio de fe pública registral.**

Concluidos los argumentos de tipo histórico, entramos ahora en la interpretación, que coherente con aquéllos, realiza ROCA SASTRE de la Ley Hipotecaria vigente.

Entiende ROCA SASTRE que la Ley Hipotecaria vigente establece, para el sistema registral inmobiliario español, el principio de fe pública en su art. 34. 1º parte inicial, combinado con su párrafo 2º, de forma que el mencionado principio tendría la siguiente formulación: "El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho", "cuando haya inexactitud del Registro", es decir, cuando el Registro exprese una situación jurídica que en la realidad jurídica es otra.

De esta formulación del principio de fe pública se desprende que la inexactitud registral es el supuesto de hecho que, en sus variadas manifestaciones, determina la aplicación del principio y que tal aplicación vendría motivada por la confianza que los terceros adquirentes depositaron en el contenido registral. Literalmente, dice ROCA, que "... la inexactitud registral ... [es] un supuesto de hecho, que, en sus variadas manifestaciones, sirve de base fáctica para la aplicación de la fe pública registral, ... [e] integra la entraña misma para dicha aplicación hipotecaria en el aspecto de la fe pública registral, justificada por la confianza de los terceros adquirentes frente al contenido registral, para el logro de la seguridad jurídica inmobiliaria y el fomento del crédito territorial." <sup>260</sup>

Una de las causas de la inexactitud registral consiste, precisamente, en que un título inscribible o un derecho registrable existe en la realidad jurídica extrarregistral, al tiempo de verificar su adquisición el tercero hipotecario y, sin embargo, no ha tenido acceso registral, por lo que el Registro no lo publica, publicando, en cambio, otra situación distinta, meramente aparente. En tal caso, tiene aplicación el art. 32 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento (arts. 13, 15.4º, 69, 76 y 144 LH. y 84 RH.).

El art. 40 a) LH es el que con mayor claridad contemplaría el supuesto de inexactitud derivada de la falta de acceso al registro de alguna relación jurídica inmobiliaria, inexactitud que dice *puede ser rectificada*, por la toma de razón, si hubiere lugar a ello, por la reanudación del tracto sucesivo, o por resolución judicial ordenando la rectificación. El párrafo último del artículo 40 LH. dispone significativamente que *en ningún caso la rectificación perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*.

He aquí el tenor literal de dicho artículo:

Art. 40 LH: "La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

a) Cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: Primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación.

... *En ningún caso la rectificación perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*"

De acuerdo con este art. 40, pues, el art. 32 LH. ("los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero") no es más que una aplicación del principio de fe pública registral a un caso concreto de inexactitud, y por lo tanto, el art. 34, en el que se proclama el principio, tiene una superioridad respecto a aquél. Ambos artículos (32 y 34 LH.) no están en plano de igualdad. El art. 34 LH., proclama un principio, y el art. 32, lo aplica a un supuesto concreto.<sup>261</sup>

<sup>261</sup> "... Los artículos 32 y 34, 1, primera parte, no son preceptos que puedan colocarse bajo un mismo plano, por cuanto una cosa es una norma que significa la aplicación en un determinado supuesto de un principio y otra bien distinta es la que precisamente proclama este principio. Ello impide comparar ambos preceptos, pues huelga hacerlo, como no sea para reconocer la superior jerarquía que respecto de aquél guarda

El cuadro completo de los diversos supuestos de inexactitud registral, que diseña ROCA SASTRE, es el siguiente:

**A) El Registro es inexacto al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, porque si bien el título inscribible existe en la realidad:**

- Se ha reflejado con error en el Registro. Arts. 31, 220 y 40 c) LH..

- No ha accedido al Registro. Arts. 32, 13, 15.4º, 69, 76, 144 y 40 a) LH. y 84 RH..  
"Esta falta de acceso al Registro del título, derecho o relación jurídica inscribible ... provoca, naturalmente, una inexactitud registral, pues los libros hipotecarios dejan de publicar una mutación jurídico - real producida extrarregistralmente." <sup>262</sup>

Aquí tienen aplicación, precisa ROCA, el art. 32 y concordantes de la LH. y del RH. El art. 13.1 LH. "preceptúa que los derechos reales limitados, de garantía, cargas o limitaciones, << para que *surtan efectos contra terceros* deben constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan >>, lo que *a sensu contrario* significa que si no son inscritos no tienen efecto contra tercero"; el art. 15.4, de la LH. y 84 RH., disponen que los derechos de los legitimarios que no consten previamente en el registro *no perjudican a terceros que adquieran a título oneroso los bienes hereditarios*; el art. 69 dispone que el derecho no anotado preventivamente en tiempo, *no perjudica a tercero que haya inscrito dicho derecho, adquiriéndolo de quien en el registro figuraba con facultad para transmitirlo*. El art. 76 "preceptúa en el fondo que, extinguido o transmitido un derecho inscrito, éste subsiste vivo en el Registro o a nombre del titular registral << en cuanto a *tercero* >> que lo adquiera conforme al art. 34, si antes no se hubiere registrado su cancelación o transmisión". El art. 144 preceptúa que toda modificación o extinción de una obligación hipotecaria anterior no surte efecto contra tercero si no figura en el registro. "Se trata del mismo supuesto de inexactitud tabular por no haberse inscrito un título". Finalmente, el art. 40.a) prevé el supuesto de inexactitud derivada de *la falta de acceso al registro de alguna relación jurídica inmobiliaria*, [relación jurídica inmobiliaria que obviamente lo es la

---

el artículo 34 de la propia Ley Hipotecaria." (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Pág., 797.)

<sup>262</sup>

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...* ; Op. cit., Pág., 793.

producida por el negocio jurídico o acto jurídico, es decir, *por un título de dominio o de otro derecho real* <sup>263</sup>] inexactitud que se rectifica, por la toma de razón, *si hubiere lugar a ello*, por la reanudación del tracto sucesivo, o por resolución judicial ordenando la rectificación. El párrafo último del artículo dispone que en ningún caso la rectificación perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto. <sup>264</sup>

[Interesa destacar que ROCA SASTRE *no considera* como supuesto de inexactitud registral la falta de inmatriculación de una finca. Dicha falta, dice, provoca un vacío registral, pero no la inexactitud de los libros. Hay inexactitud registral, por falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria, cuando el tercer contratante acude al Registro y encuentra un asiento vigente [por ejemplo, de inmatriculación] que le proclama una titularidad jurídica distinta a la existente en la realidad o una titularidad jurídica con un contenido o extensión distinto al que tiene en la realidad jurídica.]

- Accedió, pero su asiento fue cancelado. Arts. 82.1º, 40 d) *in fine* y 97 LH.. "... el título o derecho real subsiste, es existente en la realidad jurídica extrarregistral, pero ha quedado desinscrito, bien por obra de una cancelación indebida, bien por una cancelación querida por el titular registral al amparo del artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria." <sup>265</sup>

B) El Registro es inexacto, porque el título inscrito no existía al tiempo de verificar su adquisición el tercero hipotecario, debido a:

- Que era falso, nulo o defectuoso y por ello, nunca existió. Art. 40 d) LH..

- Que, si bien el título inscrito existió en un momento anterior, al tiempo de adquirir el tercero hipotecario ya se había extinguido por haber sido anulado, resuelto, rescindido,

<sup>263</sup> Cfr. : GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales o internos*. Op cit., Págs., 1494 y 1495.

<sup>264</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. Op. cit. Págs., 175 a 177.

<sup>265</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...* ; Op. cit., Pág., 794.

revocado, renunciado, expropiado, confiscado; o por haber caducado, prescrito, etc. Art. 37, 40 b) y 40 d) *in fine*..

C) El registro es técnicamente exacto al adquirir el tercero hipotecario y, por lo tanto, el título existe, pero es un título claudicante, amenazado de extinción por causa (que no consta explícitamente en el Registro) de anulabilidad, resolución, rescisión, revocación u otra análoga, que llega a producirse posteriormente. Art. 34.1º, parte final y art. 37 LH..

"Aquí no se da estrictamente ningún supuesto de inexactitud registral al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, pero el artículo 34 de la Ley lo incluye como supuesto concreto, con bien poco acierto verdaderamente desorientador, cuando hubiera sido preferible haberlo silenciado como hace alguna legislación inmobiliaria registral de desenvolvimiento técnico, debido a que lo dan por sobreentendido, ya que en casos como éstos, en lo más entra lo menos. [Es decir, si se protege al tercero que adquiere de un transmitente con su derecho *ya resuelto*, con mayor motivo se le protegerá al tercero frente a la resolución del derecho de aquél acontecida tras su adquisición.]

Acaso podría sostenerse que, al no constar registralmente tales causas de una posible aniquilación de lo inscrito o registrado, ello provoca también una especie de inexactitud registral; pero no es así, y hay que tener en cuenta que, al menos, por ejemplo, en los casos en que la posibilidad enervadora de lo inscrito obre *ex nunc* o *in personam*, como en los de rescisión, toda idea de inexactitud del Registro debe excluirse." <sup>266</sup>

Una visión panorámica de la inexactitud registral y su supuesto asimilado, titularidades claudicantes, sobre cuya base opera el principio de fe pública, " sitúa - dice ROCA - al art. 32 de la LH en el verdadero lugar que ocupa en todo este amplio dispositivo legal, y puntualiza el exacto papel que este precepto, juntamente con sus concordantes arts. 13, 15, 69, 76 y 144 de esta ley, desempeña, y que no es otro que el constituir uno de los aspectos en los que actúa dicha fe pública..."



La fe pública, consistente en que el registro vale como definitivamente exacto e íntegro para el tercero hipotecario, ejercería, pues, una doble protección: mantener al tercero hipotecario en su adquisición frente a inexactitudes del Registro o derrumbamiento de una titularidad claudicante del disponente e **impedir que el tercero hipotecario sea afectado por situaciones no registradas, siempre que reúna las condiciones del art. 34.** Esta última protección que dispensa la fe pública es lo que se conoce como *aspecto negativo de la fe pública registral, contenido particularmente en el art. 32 LH.*<sup>267</sup>

Ya JERÓNIMO GONZÁLEZ había puesto de manifiesto en su día los dos aspectos, positivo y negativo, que presentaba el principio de publicidad, desde un punto de vista sustantivo. En su aspecto positivo, - dijo - el principio de publicidad afirma la verdad de los pronunciamientos registrales. En su aspecto negativo, afirma su indefectibilidad. "Es decir, el Registro es *exacto* por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter". "El principio de publicidad, en su aspecto positivo, tiene por ámbito propio los derechos reales y asegura al tercero que los adquiere su existencia y extensión en los términos del asiento principal."<sup>268</sup> "Negativamente considerado, el principio ... [de publicidad] ... priva de efectividad respecto de terceras personas a cuantas pretensiones inscribibles carezcan de base hipotecaria o se apoyen en causas que no resulten claramente del Registro ..." El principio de publicidad niega la existencia y priva de efectos contra tercero a los derechos reales inscribibles que no resultan del Registro.<sup>269</sup>

Al aspecto negativo, que pareció absorber la atención de los redactores de la Exposición de Motivos de 1861, es al que respondía, dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, el art. 23 LH..

<sup>267</sup> Además de los lugares citados, la exposición se ha tomado de ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 172 a 182 y Tomo III, Págs., 201 a 207.

<sup>268</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1948. Págs., 384 y 385.

<sup>269</sup> *Ibíd.* Pág., 388.

Para el legislador, insiste ROCA SASTRE, las expresiones "no perjudican a tercero" y "será mantenido en su adquisición" (el tercero), *son equivalentes*. Ello lo demuestra el art. 31 LH. y el 40, último párrafo, en los que se habla de *no perjudicar al tercero* la nulidad de la inscripción precedente ni la rectificación del asiento previo inexacto, *con referencia al tercer adquirente de buena fe, a título oneroso, que confió en la apariencia registral*. Por tal motivo, no cabe sentar distinción entre el art. 32 LH., haciéndole parecer más propio de los sistemas de transcripción y el art. 34, haciéndole cuadrar con los sistemas de fe pública, *sobre la base de la diferencia entre ambas expresiones*. Con ambas, la Ley quiere significar *la posible adquisición a non domino* del tercero hipotecario; la pérdida de la propiedad por el propietario civil o verdadero y su desplazamiento al tercer adquirente para quien la inscripción constituye un verdadero modo de adquirir la propiedad.<sup>270</sup>

En este marco, las diferencias entre los artículos 34 y 32 de la LH., que ha resaltado NÚÑEZ LAGOS, y con él, la tesis dualista, serían meramente circunstanciales, no sustanciales y quedarían minimizadas por los arts. 31, 69, 40 y 15 LH. y 84 RH.. Es lógico y natural que las varias aplicaciones de la fe pública sean diferentes "pero sin que esa variedad tenga suficiente consistencia argumental". Tales diferencias son consecuencia únicamente de la formulación legislativa fragmentaria del principio de fe pública, adoptado por la LH. de 1861, y que subsiste hoy, en parte. "De ello, juntamente con una visión superficial de la literalidad de algunos de los preceptos legales y del olvido de otros, se ha servido erróneamente la teoría dualista para construir, sobre base tan endeble o superficial, toda una doctrina que persigue desdoblar nuestro sistema de protección de terceros adquirentes en dos grandes instrumentos dispares, uno tomado de los países latinos y el otro de los germánicos".<sup>271</sup>

No es cierto, insiste ROCA SASTRE, que el artículo 32 se refiera a títulos no inscritos y el art. 34 a acciones. "Frente a la idea de que el art. 32 se refiere a títulos no inscritos y el art. 34 a acciones, cuyas causas no constan en el Registro con claridad, hay que oponer que ambos preceptos no responden respectivamente a esta distinción, como es fácil demostrar, y ya en la Ley hipotecaria de 1861 resultaba ello de su artículo 38.4º al establecer que "no se anularán ni

<sup>270</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág., 199.

<sup>271</sup> *Ibidem*. Págs., 197 y 198.

rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho ... por la *doble venta* de una misma cosa cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita".<sup>272</sup>

Es decir, comentamos nosotros, en un mismo precepto se contemplaba la falta de inscripción de un título de dominio (una compraventa anterior no inscrita seguida de

<sup>272</sup> Ibídem. Pág., 198.

Es innegable que ROCA SASTRE sufrió una cierta evolución en su pensamiento en cuanto a la interpretación de los arts. 32 y 34 LH. La misma puede apreciarse contrastando su trabajo *"Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861."*, (Op. cit. supra), de un monismo ecléctico que hace cierta concesión a la tesis dualista, con su posterior escrito *"El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma."*, (Op. cit. supra). En aquel trabajo, sin dudar que el tercero del art. 32 deba haber confiado en una inscripción anterior para obtener la protección registral, admite que el art. 32 contemplaría un supuesto distinto del que tiene presente el art. 34 y concordantes, por referirse el primero a títulos no inscritos y el segundo a acciones destructoras de la titularidad del transmitente. Así afirma literalmente: "... Aunque se entienda que dicho artículo 32 actual contempla un supuesto distinto del que tiene presente el artículo 34 y concordantes, ... por referirse el primero a títulos no inscritos y el otro a acciones enervadoras no reflejadas claramente en los libros registrales (y en esto coincidimos plenamente con ... NÚÑEZ LAGOS), no obstante creemos que el tercero adquirente, o sujeto protegido por uno y otro precepto, debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto ambos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque, de otra manera, se produciría una desigualdad inadmisibles." (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia ...*, Op. cit., Págs., 601 y 602). Hay, pues, en este trabajo, una cierta concesión en cuanto a que ambos preceptos, 32 y 34, contemplarían supuestos de hecho diferentes. Diversamente, en el segundo escrito que hemos reseñado, se niega que los arts. 32 y 34 respondan a la distinción indicada por NÚÑEZ LAGOS, con palabras semejantes a las que hemos reproducido en el cuerpo de nuestro trabajo. (Cfr.: *"El problema de la relación ..."*, Op. cit., Págs., 798 y 799.) Y ello por considerarse que el art. 34.1º LH, parte inicial, combinado con la parte final del párrafo 2º, contiene la formulación legislativa del principio de fe pública, hecho que hace que el art. 32, como otros de la LH., rija en función de aquél por significar sólo uno de los varios supuestos de posible inexactitud registral, que son objeto de aplicación del art. 34. Ambos preceptos responden, pues, al mismo supuesto de hecho genérico denominado inexactitud registral, quedando así reducidas a su justo valor las diferencias que entre ambos preceptos señala la tesis dualista. (Cfr.: *"El problema de la relación ..."*, Op. cit., Págs., 791 y 799).

Otra muestra de la evolución del pensamiento de ROCA SASTRE es el siguiente párrafo, de *"Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861"*, en el que parecería admitirse un originario tercero latino en el art. 23 LH. 1861:

"Podrá aducirse que al exigir que los requisitos para la protección registral de los terceros del artículo 32 deben ser los mismos requeridos para los terceros del artículo 34 y concordantes implica una modificación substancial de aquel primer precepto en su actuación aparentemente originaria, y que esto supone que el antiguo amparo que se entendía desplegaba este artículo 32, quedaba debilitado o disminuido y que, por tanto, es menor que el que reciben los terceros protegidos por los sistemas de transcripción, pues el artículo 34 de la ley, a medida que con sus posteriores retoques intensificaba la protección registral, a su vez restringía las condiciones que debían darse para que el tercero pudiera acogerse a tal protección. Evidentemente, esto es hasta cierto punto verdad, pero, repetimos, no vemos razón alguna convincente para establecer una diferencia de trato entre los terceros adquirentes, amparados por ambos preceptos básicos, sino, por el contrario, estimamos más justificada su absoluta equiparación en punto a la necesidad de tener que reunir todo tercero los requisitos de buena fe, de onerosidad y de previa inscripción del derecho del transferente, además de la natural exigencia de haber el tercero inscrito su adquisición. Así lo entiende reiterada jurisprudencia, sobre todo en cuanto al requisito de la buena fe." (Cva. y negr. ntras.) (*Transcendencia ...*, Op. cit., Págs., 601 y 602). Posteriormente ROCA SASTRE demostró, como vimos páginas atrás, la inexistencia de tal originario tercero latino. Hay, por consiguiente, una evolución en el pensamiento de ROCA SASTRE de un monismo ecléctico a un monismo puro.

tradición) y la imposibilidad de ejercitar frente a tercero que hubiese inscrito su derecho una acción de nulidad o rescisión del contrato celebrado por él. Por otro lado, la redacción del art. 34 LH de 1861, se refería no sólo al caso de acciones resolutorias o de nulidad cuyas causas no resultasen claramente del Registro, sino también a las derivadas de títulos anteriores no inscritos, lo que suponía, evidentemente, que el título anterior no inscrito no perjudicaba a tercero. Luego el art. 34 LH. de 1861, se refería también conjuntamente a acciones y a títulos.<sup>273</sup> Igualmente se refería conjuntamente a acciones y títulos el art. 23 LH. 1861, pues el no perjudicar a tercero el título de dominio u otro derecho real no inscrito implicaba imposibilidad de ejercitar frente al tercero la acción reivindicatoria, negatoria, confesoria etc., derivada del título no inscrito. En conclusión, no existió tal separación o diferenciación entre el art. 23 y el 34 LH. 1861, como demostraremos más adelante con mayor profundidad, ni tal separación puede hoy verse en los artículos 32 y 34, dada aquella inicial conexión.

Tampoco comparte ROCA SASTRE las diferencias apuntadas por TIRSO CARRETERO para justificar la autonomía del art. 32 LH. respecto del art. 34.

TIRSO CARRETERO sostiene que son dos cuestiones distintas la protección al tercero de la doble enajenación y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien nunca fue dueño porque su título era nulo o falso. Las personas de quien adquieren ambos terceros, aunque ambas parecen ser unos *no dueños*, tienen entre sí una diferencia fundamental: una *nunca fue dueño*, la otra *lo fue, pero dejó ya de serlo*. "Los autores de la Ley Hipotecaria fueron completamente conscientes de estas diferencias. Todos los legisladores hipotecarios separaron como dos cosas distintas las facultades de la institución registral para purificar títulos nulos (fe pública registral) de las facultades de la misma para salvar la falta de poder dispositivo de un transmitente, consecuencia de una anterior enajenación no publicada aún, al publicarse la posterior. ... La identificación entre la carencia de facultad dispositiva que sufre quien nunca llegó a ser dueño porque su título fue nulo o falso y la carencia de facultad dispositiva que sufre quien había dejado de ser dueño ya, por haber transmitido en título aún no inscrito, ha sido algo privativo y exclusivo de la doctrina hipotecaria española que se

<sup>273</sup> Cfr.: SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 391, 395 y 396.

explica por razones varias y complejas; pero principalmente por una desmesurada preferencia por el estudio del sistema alemán. El tercero subadquirente germánico que alega la protección registral ha de obtenerla contra un verdadero dueño, acaso con abolengo secular, antiguo, que probablemente tenía sus viejos títulos inscritos, que perdió su titularidad registral por un título falsificado, falso o nulo. ... Es lógico que los sistemas hipotecarios se asusten y los más decididos exijan cuatro requisitos o más. En cambio, el tercero latino del artículo 32 lucha con un endeble *verus dominus*. Suele ser dueño de días o de meses ... Es lógico que ningún sistema exija a este tercero los mismos requisitos y que gran parte de las legislaciones hayan llegado a considerar que este tercero no es tal, sino verdadero dueño (inscripción constitutiva).<sup>274</sup>

Ante estas afirmaciones ROCA SASTRE reconoce que hay diferencias entre el caso del tercero que adquiere de quien fue dueño pero dejó ya de serlo (por una transferencia anterior de su derecho) y el caso del tercero que adquiere de quien nunca fue dueño porque su título era falso o nulo. Sin embargo, considera que *no son tan sustanciales que impidan equiparar ambos casos a efectos de la fe pública registral y como supuestos de adquisiciones a non domino*. También hay diferencias entre los "varios supuestos que pueden dar lugar a la inexactitud del Registro ... Pero ante el mecanismo de la fe pública registral y del fundamento dogmático - jurídico y político de la admisión excepcional de la adquisición *a non domino*, tales diferencias no tienen suficiente consistencia o entidad para justificar la existencia de dos regímenes distintos de protección de terceros adquirentes." Las diferencias que establece TIRSO CARRETERO entre el *verus dominus* de años y el de meses o días y entre la carencia de facultad dispositiva del que nunca fue dueño y del que dejó de serlo, son artificiales y accidentales, no siendo correcto construir "dos sistemas dispares sobre la base de diferencias accidentales en el problema de protección del tráfico jurídico inmobiliario, pues este problema de seguridad es uno sólo, y por ello las mismas condiciones han de ser exigidas al tercer adquirente para que pueda aprovecharse, en todo caso de Registro inexacto, de la protección registral."<sup>275</sup> Es decir, no siendo esenciales las diferencias, la obtención de la seguridad de su

<sup>274</sup> CARRETERO, TIRSO. *Retornos al Código Civil*. RCDI., 1965, Págs., 90 y ss. (Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ..., Op. cit.*, Págs., 806 y 807).

<sup>275</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ..., Págs., 807 a 809.*

adquisición por el tercero (y la imposibilidad del *versus dominus* de hacer valer su derecho frente a él) debe sujetarse a los mismos requisitos.

#### **4. El tercero del art. 32 de la Ley Hipotecaria. Requisitos para su protección frente a títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén inscritos.**

El tercero del art. 32 LH., no es ni más ni menos que el único tercero protegido que contempla la Ley Hipotecaria: un tercer adquirente por negocio jurídico válido, de un derecho real inmobiliario sobre finca inmatriculada cuya hoja registral es inexacta al tiempo de realizar su adquisición, pero que, sin embargo, es mantenido en tal adquisición, en los términos que resultan del Registro, por la fe pública registral, con omisión de la realidad jurídica extrarregistral. En el caso concreto del art. 32 LH., la inexactitud de la hoja registral, que no va a afectar al tercero, proviene de la falta de inscripción de títulos registrables.<sup>276</sup>

Consecuentemente, y dado que el art. 32 no es más que una aplicación a un caso concreto del principio de fe pública registral contenido en el art. 34 LH. en la forma expuesta, los requisitos para la protección del tercero de que habla el art. 32, son los mismos que se exigen en el art. 34. El que el art. 32 LH. sea el más inexpresivo en orden a los requisitos que deba reunir el tercero para no ser perjudicado por los títulos no inscritos obedece simplemente a que el legislador, dada la multiplicidad de preceptos destinados a tratar de la fe pública, y dada la formulación de ésta en el art. 34, por elegancia y economía normativa, prescindió y prescinde de reiterar todos los requisitos que el tercero requiere para su protección en cada precepto, llegando a omitirlos todos en el caso del art. 32, incluso el requisito de haber inscrito el tercero su título adquisitivo.<sup>277</sup>

<sup>276</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 304 a 312.

<sup>277</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 199 y 200.

#### 4.1. En especial, el requisito de haber adquirido de quien en el Registro aparecía con facultad para transmitir.

ROCA destaca que ningún tercero puede ser protegido en el sistema español con sólo inscribir su título adquisitivo y ello, pese a lo que contrariamente pudiera parecer dada la literalidad del art. 32 LH., se desprende de numerosos preceptos de la misma Ley Hipotecaria. Del art. 40, último párrafo; del art. 69, del art. 15.4º, desarrollado por el art. 84 RH.;<sup>278</sup> del art. 36 LH. y otros. De todos estos preceptos se desprende, precisamente, que al tercero le es necesario, para gozar de la protección registral, además de haber inscrito el propio título, buena fe, onerosidad y haber adquirido de un titular registral anterior.

Este requisito de haber adquirido del titular registral que aparecía con facultad para transmitir se desprende especialmente del art. 69 LH.:

"El que pudiendo pedir anotación preventiva *de un derecho*, dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor *en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo*".

Para ROCA, el art. 69 alude a anotaciones que tienen señalado un plazo para obtenerlas y anteponerse, por medio de una especie de reserva de rango (que dura el tiempo marcado para practicar la anotación) a todo adquirente de bienes o derechos reales. Se refiere al legatario de género, cantidad o asimilados, que tiene 180 días a contar desde la muerte del testador para anotar su derecho (arts. 50, 52, 53, 54 y otros de la LH.); al acreedor refaccionario, que puede anotar su derecho de crédito (cantidades anticipadas que se le adeudan) durante todo el tiempo que duren las obras;<sup>279</sup> y al *adquirente que por defecto*

<sup>278</sup> Art. 15.4º LH.: " Las disposiciones de este artículo producirán efecto solamente respecto de los terceros protegidos por el art. 34, no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante".

Art. 84 RH.: " Los derechos de los legitimarios no perjudicarán a terceros que adquieran a título oneroso los bienes hereditarios, sino cuando tales derechos consten previamente por mención, nota marginal o anotación preventiva no cancelada, y en los términos resultantes de las mismas".

<sup>279</sup> Anotación que, en su caso, es convertible en inscripción de hipoteca.

*subsana no puede inscribir su derecho, el cual puede practicar anotación preventiva de suspensión durante los 60 días de vigencia del asiento de presentación.*

Aplicando el art. 69 al controvertido caso de doble venta, referido por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, resulta que, dado un primer adquirente que no puede lograr la inscripción de su título de dominio por defecto subsana y que *no solicita* durante la vigencia del asiento de presentación que se practique anotación preventiva de su derecho, un segundo comprador que logre inscribir el suyo, quedará como propietario de la finca, *siempre que haya adquirido de un titular registral anterior*. Contrariamente, su inscripción podrá ser atacada por el primer adquirente, si carece de este requisito. (Cfr. el supuesto con la letra del artículo 69 LH.)

Del texto del precepto se desprende que si el primer comprador no ha podido inscribir su derecho por un defecto subsana y no ha pedido anotación preventiva de suspensión y ha surgido un segundo comprador que ha inscrito el mismo derecho *adquiriéndolo de persona que aparece en el Registro con facultad para transmitirlo*, aquél (el primer comprador) no podrá ya inscribir o anotar a su favor su derecho, en perjuicio del segundo comprador. Pero *a contrario sensu*, es decir, faltando al segundo comprador el requisito de la previa inscripción del vendedor (caso del comprador - inmatriculante, p.e) el primer comprador sí que podrá hacer valer su derecho en perjuicio del segundo y llegar a inscribir la finca en su favor, por no cumplir éste las condiciones exigidas en el precepto: ser, literalmente, "tercero que haya inscrito el mismo derecho, *adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo*". "Por tanto, - concluye ROCA SASTRE - se requiere el requisito de la previa inscripción, a favor del transferente o vendedor, **sin que el asiento de inmatriculación a favor del segundo adquirente, en consecuencia, baste por sí solo para protegerlo frente al primer comprador.**"<sup>280</sup>

El requisito de la previa inscripción del derecho del transmitente, para que el tercero sea protegido frente a lo no inscrito, resulta también - dice - de la *lógica interna del requisito de la buena fe*, (exigido desde los orígenes de la Ley Hipotecaria por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder gozar de la protección del Registro, y también en los casos de

<sup>280</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág., 241.



doble venta, que son los que más comúnmente se subsumen en el art. 32), *que implica haber adquirido confiado en el contenido del Registro*, por lo que cuando dicho contenido sea negativo, es decir, *no exista*, no puede actuar la protección registral.<sup>281</sup>

Otro argumento en favor de que la previa inscripción del derecho del transmitente es imprescindible para proteger al adquirente que trae causa del mismo, frente a derechos no inscritos, consiste en que el *auctor*, que ya enajenó su derecho en favor de un primer adquirente no inscrito, *dejó de ser propietario civil y carece de legitimación ordinaria* (coincidencia del sujeto del negocio con el sujeto del interés) para realizar una segunda enajenación de la misma cosa, es decir, emitir una declaración de voluntad eficaz respecto del objeto del negocio jurídico. Si, además, *no es titular registral aparente del derecho que "transmite" o de un derecho que justifique la "constitución" del que es objeto del negocio* que se celebra, no puede producirse la *legitimación excepcional* prevista por el ordenamiento para que el negocio jurídico despliegue los efectos que le son propios, por causa de la *confianza* de un tercero en la *legitimación aparente* de dicho *auctor*. Proteger, entonces, (por la vía de los arts. 32 LH., 606 y 1473.2 del CC), a quien adquiere de quien *no tiene legitimación alguna para transmitir, ni ostenta una posición formal que pueda dar lugar a que un tercero le pueda considerar aparentemente legitimado para transmitir*, es inoportuno de cara a la seguridad del tráfico.<sup>282 283</sup>

<sup>281</sup> Ibidem. Págs., 219 a 221.

<sup>282</sup> Ibidem. Págs., 243 a 245. Explica ROCA SASTRE que existen casos de legitimación excepcional o extraordinaria para otorgar un negocio jurídico (casos en los que se prescinde de la regla de coincidencia del sujeto del negocio jurídico con el sujeto del interés). Así, "casos en los que el negocio jurídico emana de quien realmente *no está legitimado en modo alguno* [cva. ntra.] y, sin embargo, la ley le hace [al negocio jurídico] desplegar los efectos jurídicos propios en virtud de la tutela o protección que la Ley dispensa a terceros que han adquirido *confiados en la legitimación aparente* del autor o disponente en el negocio jurídico. Es la denominada *legitimación aparente* ... En el Derecho inmobiliario registral actúa una legitimación aparente basada en la apariencia registral. Esta legitimación registral aparente actúa en todo sistema registral inmobiliario, ya sea de transcripción o de presunción de exactitud, si bien, de un modo diferente. En uno y otro sistema se exige para que el tercero pueda oponer su título inscrito al no inscrito, o mantenerse en su adquisición a pesar de la inexactitud registral "que exista formado un contenido registral en base del cual respectivamente pueda efectuar dicha oposición o ser mantenido en su adquisición definitivamente." Así, en el Derecho francés, a partir del Decreto - ley de *publicité foncière* de 4 de enero de 1955 (art. 3º), complementado por el Decreto reglamentario de 14 de octubre de 1955 (arts. 32 a 37) se exige "un tracto sucesivo o continuidad registral, o sea, en definitiva, la previa inscripción del título del disponente o último titular para publicar los actos o decisiones judiciales sujetos a registración." Por lo tanto, "respecto del inmatriculante ni la fe pública registral puede actuar en su provecho, ni tampoco la inoponibilidad de lo no inscrito, pues le falta un requisito estructural en todo sistema inmobiliario, que es el haber adquirido del titular que publica el Registro de la propiedad, que constituye la base o soporte jurídico o la investidura formal, en que pueda apoyar su

adquisición frente a toda persona." (Ibídem).

283

La legitimación aparente de que habla ROCA SASTRE no implica en absoluto ningún poder o facultad dispositiva otorgado al titular registral por el hecho de ser tal. "Hay quienes sostienen que la legitimación registral del titular registral inviste ... [a éste] ... de un *poder o facultad de disponer* del derecho registrado, por estar *legitimado para la disposición* del derecho inscrito a su nombre, prescindiendo de si en la realidad jurídica extrarregistral es un *no titular* de tal derecho. Pero ello es inadmisibile, pues todo se reduce a una *apariencia registral de titularidad*, con todas sus consecuencias."

La legitimación registral - explica ROCA - otorga una presunción legal (*iuris tantum*) de titularidad, de manera que el legitimado no tiene necesidad, para ejercitar el derecho inscrito a su nombre, de probar que a él le corresponde la titularidad material del mismo. Sin embargo, el titular registral no está facultado para disponer. Tal facultad de disposición es privativa del *verus dominus*. El titular registral "*non dominus*" "tiene la [mera] posibilidad ... [de] dar vida a negocios o actos jurídicos sobre cosas o derechos ajenos, debido a que ... asume una investidura ... o posición de propietario o titular de los mismos, aunque sólo aparentemente, puesto que si bien es sujeto del negocio, no obstante, no lo es del interés." Es decir, tiene una *legitimación aparente nacida de la apariencia registral de titularidad*.

En otras palabras, dado que el art. 38.1 LH. presume al titular registral dueño o titular real, *iuris tantum*, a todos los efectos legales, ni el vendedor tendrá que demostrar, ni el comprador averiguar a fondo, la titularidad real del derecho objeto de la adquisición. Además el ordenamiento admite la posibilidad de que quien no sea *verus dominus* actúe como si fuera disponente del derecho registrado, pero no le faculta para hacerlo, debiendo responder si dispone del derecho ajeno. La aparente posición del titular registral que no es *verus dominus* sirve para que el tercero que confió en su aparente legitimación para disponer adquiera en firme, siempre que reúna las condiciones legales para aprovecharse de la fe pública registral.

A título ejemplificativo, afirman la facultad dispositiva del titular registral, COSSIO y SANZ FERNÁNDEZ, y la niegan, además de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, VALLET, LACRUZ BERDEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, TRIAY y MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Págs., 580, 581, 583, 589, 593 y 594; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947, Págs., 315 a 317 y 318 a 320. ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, *Op. cit.*, Pág., 809. MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral ...*, *Op. cit.*, Pág., 622. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Págs., 545 y 546.)

Es claro que el titular registral aparente no ostenta una facultad de disposición del derecho inscrito a su nombre, es decir, **de las cosas ajenas**, sino como dice JORDANO BAREA, con relación al heredero aparente inscrito, goza de una mera "posibilidad de '*facto*' de provocar con su actividad por vía de consecuencia la adquisición originaria del tercero. Tal facultad de disposición sólo corresponde al *verus dominus*, por razón de su derecho de propiedad. No es posible que la ley positiva otorgue a quien no es dueño la facultad de disponer de lo ajeno sin que quede gravemente mermado el derecho natural de propiedad. Sería ilógico, además, que la ley reconociese, por un lado, la facultad dispositiva que corresponde al propietario y otorgase, por otro, otra facultad dispositiva contradictoria sobre el mismo objeto, a otro sujeto. Por otro lado, como dice TRIAY, no existe ningún precepto en la Ley Hipotecaria que dirigiéndose al titular registral aparente le autorice a disponer del bien o derecho que no le pertenece. (TRIAY. *Los principios hipotecarios y la legitimación registral*. RCDI, 1953. Pág., 103. Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Pág. 593.) Además, de acuerdo con el art. 251 C.P. será castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años "quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa ... *inmueble facultad de disposición de la que carece*, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, *la enajenare, gravare o arrendare a otro*, en perjuicio de éste o de tercero". Si se partiese de que el titular registral aparente está legitimado por la ley (art. 38 LH., hipotéticamente) para disponer del derecho ajeno, *resultaría que nunca se atribuiría falsamente facultad de disposición de la que carece, y siempre podría obviar la justa imposición al mismo de una pena, lo que es inadmisibile, porque supondría dejar determinadas estafas inmobiliarias en la más absoluta impunidad*. El artículo 251 C.P. es, pues, por fuerza, aplicable al titular registral aparente que enajena, grava o arrienda, en perjuicio del *verus dominus*. Más si es aplicable por fuerza, entonces hay que traer a colación lo que dice MENGONI. Puesto que la disposición del *non dominus* es un acto ilícito, si se le atribuyese poder de disposición resultaría que el orden jurídico le estaría atribuyendo un poder acompañado de

Igualmente, es inoportuno para dicha seguridad proteger al inmatriculante dada la *excesiva facilidad* que la ley da para inmatricular por medio de título público de adquisición y certificación administrativa de dominio, y máxime faltando un buen sistema de Catastro. Precisamente, por tal motivo, y *en compensación de dichas facilidades excesivas*, se ha establecido la medida de suspensión de la fe pública en el art. 207 LH., es decir, la suspensión por dos años desde la fecha de la inscripción de inmatriculación, de la presunción *iuris et de iure* de la exactitud e integridad del Registro, aunque exista un tercero que reúna los requisitos del art. 34 LH.<sup>284</sup>

Lógicamente, el que reanuda el tracto sucesivo interrumpido por acta notarial de notoriedad homologada judicialmente o expediente de dominio, no puede ser protegido frente a títulos o derechos no inscritos, según lo que se ha dicho, por no ser adquirente de un titular registral anterior. El contenido registral no estaba formado respecto de su transferente y no puede apoyarse en la legitimación registral aparente de éste.<sup>285</sup> Tener en cuenta las reformas en

la prohibición de hacer uso de él, lo cual es ilógico, "pues a la titularidad de un poder jurídico no puede dejar de acompañar la facultad lícita de su ejercicio." (MENGONI. *L'acquisto "a non domino"*, Milán, 1949. Págs., 31 a 33. Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Pág., 592). Por lo tanto, cabría decir a quien sostenga la facultad dispositiva del titular registral aparente, que o bien el art. 251 C.P. es inaplicable a aquél, o bien, el Derecho español incurre en una flagrante contradicción interna. Como ninguna de las dos cosas resulta razonable, hay que concluir que el titular registral aparente carece de poder dispositivo alguno.

Otro argumento en favor de que el titular registral aparente no está facultado para disponer es el art. 34 LH. cuyo tenor literal habla del "tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho *de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo ...*", no de *persona que tenga por el Registro facultades para transmitirlo*. Que no se ostenta tal facultad, lo demuestra también, como dice VALLET DE GOYTISOLO, el que no surten efecto las enajenaciones del titular aparente a título gratuito, ni tampoco las hechas en favor de un adquirente que no inscribió su adquisición. "Eso por sí solo ya hace sospechar que la adquisición *a non domino* del tercero protegido por la fe pública no deriva de un poder dispositivo del titular inscrito, sino de algo independiente de la voluntad de éste. La adquisición del tercero deriva ... de la ley misma. Es una adquisición que no deriva de poder dispositivo alguno." La ley legitima la adquisición del tercero, *no toda la transmisión*, esto es, *no la disposición de quien no era dueño*. (VALLET DE GOYTISOLO. *Estudios sobre Derecho de cosas*. Madrid, 1973. Págs., 351 y ss. Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Pág., 592).

En definitiva, una cosa es proteger la buena fe o confianza en la apariencia registral y por ella, otorgar una adquisición legal *a non domino*, y otra, inadmisibles, otorgar un poder de disposición sobre el derecho ajeno a quien ostenta tal apariencia. Por la vía de otorgar tal poder de disposición al titular registral aparente llegaría incluso a ser innecesario el principio de fe pública registral.

<sup>284</sup> *Ibidem.* Págs., 246 y 247.

<sup>285</sup> Sin embargo, puede ser protegido en el supuesto posible, pero infrecuente, de que del expediente de dominio o del acta de notoriedad se desprenda que lo que se pretende inscribir es una transmisión onerosa otorgada *por el titular registral anterior* en favor del que incoa el acta o el expediente. Quizás ROCA piense en el caso de una compraventa verificada por documento privado y seguida de tradición real, después de la cual, en lugar de compeler al vendedor a elevar el contrato a escritura pública, se prefiera documentar públicamente

inmatriculación hechas por el R.D. 1998 y su anulación por el TS.. Realmente Roca tiene en cuenta las primeras en la edición 8ª, y a pesar de ello sigue afirmando que hay excesiva facilidad para inmatricular.

Tratándose de fincas inmatriculadas, puede darse el caso de que al tiempo de adquirir el tercero esté *presentado* el título adquisitivo del transferente pero *no inscrito*. Entonces, el tercero será protegido - dice ROCA - si la inscripción de aquel título se llega a realizar en tiempo y forma. La protección se produce porque, de acuerdo con el art. 24 LH., para *todos los efectos que deba producir la inscripción*, (incluido el presumirse exacta *iuris et de iure*, en favor de tercero hipotecario) se considera como fecha de la misma, la del asiento de presentación. Luego una vez practicada la inscripción, hay que considerar al transferente *titular registral* desde la fecha en que presentó su título en el Registro.<sup>286 287</sup>

Pero cabe, incluso, que el transmitente *no tenga ni siquiera presentado su título en el Registro*, siendo entonces de aplicación lo dispuesto en el art. 105 RH., **que pretende**

---

el dominio mediante el acta notarial o el expediente de dominio.

También puede aprovecharse el que reanuda el tracto por alguno de esos mecanismos, de la protección que la fe pública hubiese dispensado a *anteriores titulares registrales*. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág., 247).

<sup>286</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS.. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág., 247

<sup>287</sup> Realmente el transmitente sólo ostenta una titularidad aparente y una aparente legitimación *a partir del momento en que se produce materialmente la inscripción*, si bien con efectos retroactivos al momento de la presentación del título. (Art. 24 LH.). Si el negocio jurídico adquisitivo se realizó antes de que el título presentado se inscribiera, se realizó sin legitimación alguna, si el disponente no era propietario civil y sin que el adquirente pudiera apoyarse en una apariencia registral. La falta de apoyo en la legitimación aparente del transmitente u otorgante se "convalidaría" *a posteriori*, según esto, por virtud de la retroactividad de efectos de la inscripción del título de aquél a la fecha del asiento de presentación. Habrá que considerar, entonces, que se adquirió de un titular registral, *que aparecía en el Registro con facultades para transmitir*, porque el transferente ha devenido en tal, con efectos retroactivos a la fecha de presentación de su título. Esta interpretación de ROCA, aunque desde luego acorde con el texto legal, no llega a satisfacernos plenamente. ¿*Realmente hay confianza en el Registro por parte del adquirente si en el momento de celebrar el negocio, todavía el Registro no publica nada, al no haber pasado el título el filtro de la calificación registral, como presumiblemente exacto?*. Nos parece que no la hay. La confianza en el Registro devendría entonces, incluso por propia voluntad del legislador, una pura ficción jurídica y no un requisito material, lo cual no es aceptable dado el carácter absolutamente excepcional que debe revestir toda adquisición *a non domino*. El art. 24 LH. tendría, por lo tanto, que exceptuar de la retroacción de efectos de la inscripción a la fecha del asiento de presentación, los efectos de la fe pública registral, que sólo deberían poder producirse a partir de la fecha en que materialmente se practique la inscripción que haya de reputarse irrefragablemente verdadera. En tal caso, no resultaría protegido por la fe pública registral, el adquirente que celebre el negocio jurídico en las condiciones descritas por ROCA SASTRE.

**resolver un problema de tracto sucesivo, aunque por *repercusión* puede resolver un problema de protección del tercero hipotecario en conexión con la prioridad registral.**

"...Si la finca se halla inmatriculada e inscrita a nombre de un causante del actual transferente, ***en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente*** [ni tan siquiera presentado], **el tercero... que adquiera de éste será protegido registralmente, siempre que llegue a inscribirse el título de dicho transferente y el del adquirente, durante la vigencia del asiento de presentación del título del tercero**, y en su caso, de la prórroga o prolongación que del mismo implica la anotación preventiva de suspensión... No constituye, pues, este artículo reglamentario una demostración de la innecesidad del requisito de la previa inscripción [como pretendía argumentar la tesis dualista, según vimos] a favor del transferente, sino de su necesidad", pues la protección al tercero se supedita a que tal inscripción se produzca. "En consecuencia, si el título presentado, en el supuesto de doble venta, es el del segundo comprador y se subsana el defecto aquí subsanable de la falta de inscripción intermedia durante la vigencia de tales asientos, el mismo será protegido, si reúne las demás condiciones de la fe pública registral". (Cva. y negr. ntras.)<sup>288 289</sup>

<sup>288</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 247 y 248.

<sup>289</sup> También nos suscita dudas esta protección al tercero hipotecario en vista del posible enlace entre la inscripción que figura en el Registro y el título de su transmitente. Si efectivamente se produjese tal protección, lo que evidenciaría es, como ya apuntamos anteriormente, que el requisito de confianza en el contenido registral podría llegar a convertirse en algo meramente formal y no material, en una auténtica ficción legal, lo que no nos parece razonable dado el carácter absolutamente excepcional que hemos dicho que debe tener toda adquisición *a non domino*, carácter excepcional que lógicamente exige el máximo rigor a la hora de juzgar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para que pueda producirse la dicha adquisición. (Cfr.: la literalidad del art. 34 LH.). Pero es que además creemos que esta solución apuntada por ROCA SASTRE no fue querida por el legislador. Si en el momento de adquirir no está ni tan siquiera presentado en el Registro el título del transmitente, *la falta de apoyo en la legitimación aparente del transmitente u otorgante al celebrar el negocio no podrá "convalidarse" a posteriori por la vía de los arts. 24 y 34 LH.. Resultará, pues, que el adquirente no podrá alegar en su favor apariencia registral alguna y éste hecho debería excluir su protección con arreglo al art. 34 LH..*

Cabe también señalar, que en el fondo, ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL vendrían a convenir, en cuanto al resultado práctico que se deriva de su discurso, con la tesis dualista, (protección registral al primero en inscribir, aunque no derive su adquisición de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir), salvo en cuanto a que aquéllos siempre exigirían buena fe y título oneroso, y los dualistas, unos sí y otros no. (Cfr.: MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista ...*, *Op. cit.*, Pág., 507).

Volveremos, no obstante, sobre esta cuestión en el Capítulo V.

"De lo expuesto debe deducirse que en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario registral (Código civil y legislación hipotecaria) no existe *base normativa orgánica* para sostener de *lege lata* que el tercero al que se refiere el art. 32 de la Ley Hipotecaria, para los supuestos incluidos en el mismo, no deba reunir los requisitos o circunstancias exigidas por el art. 34, párrafo 1º, de la propia ley. El tercero hipotecario es una figura estructuralmente *unitaria* en nuestro Derecho inmobiliario registral. Recibe en todos los casos y aspectos *idéntico tratamiento* en orden a las condiciones que ha de cumplir para ser tal y estar protegido por la publicidad registral, o sea, la fe pública del Registro. Ningún tercero puede ser protegido en nuestro sistema con sólo inmatricular la finca o inscribir su acto adquisitivo o de gravamen, salvo *consilium fraudis* o *conscius fraudis*".<sup>290</sup>

#### **5. Protección dispensada al tercero por el art. 32 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 34 de la misma.**

Dado el presupuesto de aplicación del art. 32 LH., (título de dominio o derecho real no inscrito que causa inexactitud registral), si el tercero reúne los requisitos para su protección (buena fe, título oneroso, adquisición de quien aparece en el Registro con facultades para transmitir e inscripción de su propio título; art. 32 en relación con el 34 LH.), *es mantenido en su adquisición en los términos resultantes del Registro*; la inexactitud es inoperante frente a él. Podrá ocurrir, entonces, que adquiera el dominio de la finca inmatriculada u otro derecho real sobre ella, de un titular registral aparente, por pertenecer este dominio o derecho real a otra persona; podrá ocurrir que adquiera el dominio o un derecho real como libre, si figuran así en el Registro, estando en la realidad jurídica gravados por otro derecho real; etc.<sup>291</sup>

En función del alcance de la inexactitud registral, resultará que el tercero adquirió *a non domino*, si adquirió de un titular registral que careciese totalmente de derecho sobre la finca o sobre el derecho real limitado adquirido; o bien, en parte *a domino* y en parte *a non domino*, si siendo el titular registral, titular real de la finca o derecho, aparecen una u otro en el Registro libres de cargas (usufructos, derechos de superficie, censos, dominios útiles, ...)

<sup>290</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Pág., 257.

<sup>291</sup> *Ibidem*. Pág., 454.

cuando en la realidad estaban gravados.<sup>292</sup> En el art. 32 LH. hay, pues, un supuesto de inexactitud y de aplicación de la fe pública registral y una adquisición *a non domino*, por lo menos, en parte.

Mas en el art. 32 LH., no sólo deben incluirse los supuestos de hecho de doble enajenación, o de constitución de un derecho real limitado sobre finca previamente transmitida, etc., sino también los supuestos de no acceso al Registro de toda una serie de situaciones jurídicas inmobiliarias, cargas, gravámenes o limitaciones de carácter negativo, que si están inscritas, producen *el efecto negativo de afección o perjuicio a ulteriores adquirentes* (pues por su especial naturaleza jurídica *no pueden servir de apoyo al tercer adquirente para ser mantenido en su adquisición, ya que por lo general no son susceptibles de transmisión protegida por el Registro*) y que *si no están inscritas son inoponibles respecto de tercero en el sentido propio de los sistemas de presunción de exactitud e integridad del contenido registral*. En estos sistemas, como en el español, se exige que el tercero positivamente protegido de dichas cargas o limitaciones no inscritas, por la fe pública registral (presunción *iuris et de iure* de integridad del contenido registral), reúna las condiciones que la dicha fe pública registral requiere, y que en el Derecho español son los del art. 34 LH. Si el tercero del art. 34 LH. sólo resulta afectado o perjudicado por lo registrado, es lógico que para no ser perjudicado por lo no registrado (art. 32 LH.), se exijan las condiciones del art. 34 LH.. En conclusión, pues, el art. 32 LH. en relación con el art. 34 de la misma protege al único tercero hipotecario que existe en el Derecho español respecto de toda suerte de cargas, gravámenes y limitaciones de tipo negativo y de situaciones jurídicas inmobiliarias que total o parcialmente carecen de naturaleza real, (y para las que la ley prevé su posible publicidad registral con el fin de que tengan efectos *erga omnes*), ***que no hayan accedido al Registro***. (Arts. 14 y 29 LAU de 24 de noviembre de 1994 y art. 74 LAR. de 31 de diciembre de 1980). Así, se protege al tercero hipotecario respecto de la ***no constancia en el Registro*** de: la calidad de reservables de los bienes inmuebles sujetos a reservas sucesorias binupciales o lineales (arts. 184 y ss. LH. y 259 y ss. RH.); cláusulas de sustitución fideicomisaria (art. 82 RH.); prohibiciones de disponer (art. 26 LH.); modos causalizados; condiciones resolutorias de donaciones; condiciones resolutorias que por vía de novación o rectificación se produzcan con

<sup>292</sup>

Ibídem. Págs., 455 y 456.

posterioridad en el acto inscrito, como cuando una enajenación por compraventa es condicionada con un pacto de retroventa; pactos de la ley comisorias (art. 11 LH.); servidumbres prediales generalmente negativas; servidumbres personales vitalicias o personalísimas (art. 531 CC.); derechos personalísimos de uso y habitación (art. 525 CC.); derechos legitimarios del tipo previsto en el art. 15 LH.; anotaciones preventivas de mera publicidad; contratos de arrendamiento y de opción de compra de inmuebles (arts. 2.5 LH. y 14 RH.); derechos de retorno arrendaticio (art. 15 RH.) y estatutos de la propiedad horizontal (art. 5 LPH. y art. 8.4º LH.)<sup>293</sup>

## **6. La suspensión de la fe pública en los casos de los artículos. 28 y 207 LH, en relación con la falta de inscripción de títulos de dominio o de otros derechos reales.**

### **6.1. La suspensión del art. 28 LH..**

La suspensión de efectos de la fe pública registral, prevista en el art. 28 LH., juega entre el adquirente del heredero aparente inscrito, que tenga la condición de tercero hipotecario con arreglo al art. 34 LH., y el heredero real, por el plazo previsto en aquél.

Sin embargo, en las relaciones entre el heredero aparente inscrito y el tercero hipotecario que trae causa del mismo, surte plenos efectos la fe pública, y por ello, el art. 32 LH. y concordantes (arts. 13, 15, 69 etc.), pues en tales relaciones no está presente la *ratio* del precepto consistente en preservar al heredero real no inscrito y sus derechohabientes del perjuicio definitivo que la interferencia de un tercero hipotecario pudiera producirles, por efecto del juego protector de la fe pública registral.

El tercero hipotecario que trae causa del heredero aparente inscrito goza del derecho adquirido, aun dentro del plazo de suspensión, respecto a cualquier otra persona distinta del heredero real y sus derechohabientes. Por ejemplo, si el heredero aparente inscrito ha vendido dos veces a distintas personas una finca de la herencia relicta, la fe pública protegerá al

<sup>293</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.*, Págs., 116 a 119 y 512 a 514. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 180 a 182, 232 y 233.



comprador que inscriba, frente a la enajenación no inscrita, incluso durante el plazo de suspensión de dos años. "Lo mismo será aplicable cuando la primera venta no registrada haya sido otorgada por el causante y la segunda [por el heredero aparente] a favor de tercero hipotecario, aunque otorgada dentro del plazo dicho de dos años [de suspensión]. Todo ello, en ambos casos, mientras el heredero real o sus derechohabientes no impugnen dentro del propio plazo. Por tanto, el segundo comprador de buena fe e inscrito será tercero hipotecario protegido frente a la reclamación del primer comprador, pero quedará sujeto a la suspensión de efectos del art. 28 frente a las acciones y derechos del heredero real o sus causahabientes".<sup>294</sup>

**En definitiva, la fe pública registral puede estar suspendida entre un tercero hipotecario y el heredero real o sus derechohabientes, y, sin embargo, operar plenamente (y por ello, hacerlo el art. 32), entre el heredero aparente y el tercero hipotecario, respecto de otros terceros civiles distintos del heredero real y sus derechohabientes.**

## **6.2. La suspensión del art. 207 LH..**

ROCA interpreta que la suspensión de efectos prevista en el art. 207 LH., se predica *respecto a la actuación de la fe pública registral y respecto a terceros que reúnan las circunstancias del art. 34 LH.. La suspensión no opera, porque no lo hace la fe pública, ni con relación al inmatriculante ni respecto a terceros adquirentes que traigan causa de aquél, sin reunir los requisitos del art. 34 LH.. Veámoslo.*

Dice ROCA que este artículo 207 habría que entenderlo como si estuviera redactado del siguiente modo: "La irrelevancia de la inexactitud registral base de la fe pública del Registro en provecho de terceros hipotecarios según el art. 34 de esta ley, *dejará de actuar durante el término de dos años* a contar de la inscripción de inmatriculación, en salvaguardia del *posible dueño* real no inscrito y de *sus derechohabientes* tampoco inscritos, y en perjuicio del *adquirente y subadquirentes* del que figura como *titular inmatriculante de la finca*, aunque

---

<sup>294</sup>

Ibídem. Págs., 524 a 526.

tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones que éstos hayan verificado dentro del referido término".

"Sin embargo, esto no será aplicable cuando la inmatriculación se haya obtenido por medio de expediente de dominio o de título público de adquisición anterior al 1º de enero de 1909." (Art. 199 LH. en relación con los arts. 205, 206 y 207 LH. y art. 302 RH. 1947<sup>295</sup>).<sup>296</sup>

Es decir, el efecto del art. 207 LH. es suspender la actuación de la fe pública registral por el plazo de dos años a contar desde la fecha de la inscripción de inmatriculación,<sup>297</sup> en favor del posible *verus dominus* que permanece al margen del Registro y de sus derechohabientes, dada la excesiva facilidad con que se puede inmatricular una finca por título público de adquisición o certificación administrativa de dominio. Aquel medio de inmatriculación es "merecedor de toda sospecha"<sup>298</sup> pues frecuentemente está amañado con un fin fraudulento o con el fin de lograr combinaciones no del todo correctas, que permitan sortear obstáculos que supondrían mayor esfuerzo y gastos.<sup>299</sup> De este modo, durante dicho plazo, será posible que el *verus dominus* pueda hacer valer su derecho frente a terceros que reúnan lo requisitos del art. 34 y que, pese a ello, no verán aplicar en su favor la presunción *iuris et de iure* de exactitud e integridad del contenido registral. El titular real extrarregistral

<sup>295</sup> Art. 302 RH. 1947: "La limitación de dos años, consignada en el art. 207 de la Ley, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos públicos anteriores a 1 de enero de 1909".

<sup>296</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 530 y 531.

<sup>297</sup> Como hace notar ROCA - SASTRE MUNCUNILL, a raíz del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, el art. 298.4 del RH. establece para las inmatriculaciones por título público de adquisición que el cómputo del plazo de suspensión a que alude el art. 207 LH. no se inicie hasta que conste registralmente, por medio de nota extendida al margen del asiento, que se ha cumplido con la formalidad de la publicación por un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del lugar en que radique la finca inmatriculada, de los correspondientes edictos notificadores de la inmatriculación practicada. Para que tal nota marginal se practique y se inicie el cómputo, será precisa la presentación al Registrador del edicto, con certificación o diligencia suscrita a continuación del edicto por el Secretario del Ayuntamiento, acreditativa del cumplimiento de la mencionada formalidad. Como dice ROCA - SASTRE MUNCUNILL, "este precepto tiene su lógica, pero la Ley establece otro *dies a quo*". (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Suplemento. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1999. Pág., 19). Hay que tener presente que gran parte del Real Decreto mencionado ha sido declarado nulo por STS. *Vid.*, Pág., 351 de las Leyes Hipotecarias de Aranzadi, 2001, preparadas por GÓMEZ LAPLAZA.

<sup>298</sup> "No así la inmatriculación por expediente de dominio cuya regulación ofrece bastante seguridad, especialmente por el control judicial a que está sometida". (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 532.)

<sup>299</sup> "No cabe duda que la falta, en general de un buen Catastro agrava el problema". *Ibidem*. Pág., 532.

podrá ejercitar con éxito durante el plazo de suspensión su acción reivindicatoria, declarativa del dominio, confesoria, etc.<sup>300</sup>

*Mientras la finca conste inscrita a nombre del inmatriculante, haya o no transcurrido el periodo de dos años desde su fecha, no actuará el art. 207 LH., pues el inmatriculante no tiene la condición de tercero hipotecario.* Tanto dentro de esos dos años, como posteriormente, el dueño real podrá, mientras no prescriba o se inutilice su acción reivindicatoria, declarativa del dominio, confesoria o la acción de rectificación del Registro inexacto del art. 40 LH., ejercitar con éxito tales acciones. Igualmente, si hubiese adquirido la finca, dentro de los dos años o después, un tercero que no cumpliera con los requisitos del 34 LH.. La inscripción de inmatriculación de la finca **no perjudica, pues, en ninguno de los dos casos al dueño real ni a sus derechohabientes**, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 35 LH., en cuanto a la usucapión *secundum tabulas*.<sup>301</sup>

En otras palabras, "... la inscripción a favor del inmatriculante o de los que de él adquieran sin ser terceros hipotecarios, *no por el transcurso del plazo de los dos años se tornan inatacables*, pues en el fondo operará el Derecho civil puro en sus relaciones con el verdadero dueño, manteniéndose en todo su vigor las normas de éste. **Lo contrario sería exagerar los efectos de la Ley Hipotecaria**, sin perjuicio de atenerse a ella si se quiere garantizar la efectividad de la acción con la correspondiente anotación preventiva de demanda y de llenar las normas registrales sobre cancelación del asiento de inmatriculación y de los que le sigan".<sup>302</sup> (Negr. ntra.). En apoyo de su tesis cita ROCA las sentencias de 26 de febrero de 1949 (RJA. 1949/258); 10 de diciembre de 1951 (RJA. 1951/2363); 24 de abril de 1962 (RJA. 1962/2093); 6 de diciembre de 1962 (RJA. 1962/5058); 3 de octubre de 1963 (RJA. 1963/3964); 22 de noviembre de 1963 (RJA. 1963/4958); 12 de diciembre de 1963<sup>303</sup> y 28 de marzo de 1979 (RJA. 1979/973)<sup>304</sup> y el art. 298, último párrafo del RH..<sup>305</sup>

<sup>300</sup> Ibidem. Págs., 536 y 537.

<sup>301</sup> Ibidem. Pág., 539.

<sup>302</sup> Ibidem. Pág., 539.

<sup>303</sup> No nos ha sido posible localizar esta sentencia. Tampoco le fue posible a SERRERA CONTRERAS. (Cfr.: SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. Nº 593. Pág. 1208.)

<sup>304</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 539, notas 705 y 706.

En resumen, pues, en las relaciones entre el dueño real no inscrito o el titular de un derecho real limitado no inscrito y sus derechohabientes, y el tercero hipotecario y sus causahabientes, rige la suspensión del 207 LH., en beneficio del *verus dominus*, durante el plazo allí establecido. Entre el inmatriculante y sus derechohabientes, y el tercero hipotecario y los suyos, no juega la suspensión del 207, (por faltar la *ratio* del precepto protectora del *verus dominus* extrarregistral). De modo que si el inmatriculante realiza una doble enajenación, una de las cuales no se registra y otra sí, el tercero que inscribió, si reúne los requisitos del art. 34 LH., podrá alegar en su favor el art. 32, frente al adquirente del inmatriculante, no inscrito. Finalmente, en las relaciones entre el inmatriculante y sus derechohabientes que no sean terceros hipotecarios y el dueño real y sus derechohabientes, rige el Derecho Civil puro (salvo en lo relativo a anotación preventiva de demanda y cancelación de asientos y usucapión *secundum tabulas*), mientras no se interfiera un tercero hipotecario.<sup>306</sup>

#### **7. Interpretación del art. 1473.2 CC. desde la perspectiva monista de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL.**

Siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO, ROCA SASTRE considera que como el art. 608 del CC. remite a la LH. para determinar el valor de los asientos de los libros del Registro, **el art. 1473.2 CC ha de ser interpretado de acuerdo con los principios** [legitimación registral y fe pública registral] **y disposiciones de la LH. y nunca en contraposición a los mismos.** De esta premisa y de lo anteriormente expuesto, resulta lo siguiente.<sup>307</sup>

En el caso de doble venta, la protección del Registro actúa con el juego propio de las adquisiciones *a non domino*, produciéndose en favor del segundo comprador que primero inscribe *si reúne la condición de tercero hipotecario con arreglo al art. 34 LH.*

<sup>305</sup> Señala este párrafo que " Los que se crean con derecho a la finca o parte de ella cuya inscripción se haya practicado conforme al artículo 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo, y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva".

<sup>306</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 540 y 541.

<sup>307</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*. RCDL, 1965. Nº 446 - 447. Pág., 804.

Ello es así porque la doble venta que contempla el art. 1473.2, es una doble venta de *finca inmatriculada*, por lo que la primera enajenación hecha por el titular registral, que no accede al Registro, genera un supuesto de inexactitud (art. 40 a) LH.). En la segunda venta, el vendedor ya es un *ex dominus*, y el comprador que tiene los requisitos del art. 34 LH., es protegido, adquiriendo *a non domino*.<sup>308</sup>

"... En caso de doble venta [del art. 1473.2 CC.], el segundo comprador compra de un *non dominus*, que, no obstante, en el momento de vender tiene inscritos la finca o derecho vendidos a su favor (aunque sea por ... [el] art. 105 del Reglamento Hipotecario [ *sic* <sup>309</sup>]), en cuyo contenido registral confía aquél. Pero, el vendedor es un *non dominus*, ya que en la primera venta ya se ha desprendido del dominio de la finca o de la titularidad del derecho vendido como consecuencia del contrato de venta mediante la tradición, que generalmente será instrumental (arts. 609, párrafo 2º y 1462, párrafo 2º del Código civil) de suerte que ya no es sujeto del interés, aunque sea sujeto del negocio, es decir, del contrato de compraventa. Dicho vendedor en tal momento tiene, pues, una legitimación para actuar y vender, no normal u ordinaria, sino basada en la apariencia o investidura registral.<sup>310</sup> Por consiguiente, la inscripción de la segunda venta en caso alguno es convalidante de la transmisión a favor del segundo comprador, porque, como negocio, el contrato de venta y, como acto, la tradición, normalmente instrumental son plenamente válidos.<sup>311</sup> Lo que le falta al vendedor es la

<sup>308</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 203 y 204.

<sup>309</sup> Por la vía del art. 105 RH. no es posible que el vendedor tenga el derecho o la finca inscritos a su favor *en el momento de vender*. Cfr.: lo que decimos en las notas ... y ... .

<sup>310</sup> Cfr.: nota ...

<sup>311</sup> Según ROCA SASTRE, no es posible ver, como pretenden algunos, la instauración en este art. 1473.2 (y en los párrafos de la Exposición de Motivos de la LH. de 1861, relativos a la doble venta), de *un modo de transmitir la propiedad inmueble por negocio jurídico más inscripción* (sustitutiva de la tradición). Si tal hubiera sido la intención del legislador, bien en 1861, bien en las reformas posteriores, si entonces se olvidó, se habría incluido un precepto que estableciese que la propiedad se adquiere por la inscripción y que no es precisa la entrega de la posesión para transmitir el dominio. Pero no se hizo. Por eso es preciso, de acuerdo con el art. 608 y el 1537 CC, interpretar el art. 1473.2 en conexión con los preceptos de la LH, y singularmente con el art. 34, de manera que, en caso de doble venta, será preciso que el que inscriba, tenga los requisitos exigidos por dicho artículo (haber *adquirido* de persona que figuraba en el Registro con facultad de transmitir), para ser protegido por la fe pública registral. Es decir, haber cumplido con los requisitos de **título y modo, aunque sea por medio de traditio instrumental**, más los demás señalados en dicho artículo. Una interpretación del art. 1473.2 CC., en el sentido de bastar para la adquisición del dominio el título y la inscripción, haría de esta norma un precepto aislado y contrario al sistema general de nuestro Derecho. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho Hipotecario*. Tomo I. *Op. cit.* Págs., 308, 309 y 319).

propiedad de la finca o la titularidad del derecho. Pues bien, esta falta de propiedad o titularidad se suple, en este caso de doble venta, en provecho del segundo comprador que ha inscrito, a cuyo caso primordialmente se refiere el art. 32 de la Ley Hipotecaria, por la fe pública registral del art. 34 de la propia ley, surgiendo una propia adquisición *a non domino* a favor de este comprador".<sup>312</sup> (Subr. ntro.)

Desde la perspectiva de ROCA, por lo tanto, el art. 1473.2 se refiere al caso de fincas inmatriculadas en el Registro y, "*el adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*", es un tercero que reúne los requisitos del art. 34 LH.. En caso contrario, es decir, si falta la inmatriculación al realizarse la doble enajenación, o bien, si el tercero que inscribe no reúne los requisitos del art. 34 LH., la doble venta se resolverá con aplicación de criterios puramente civiles. (Art. 1473.3 CC.)

Así, teniendo presente la doctrina sentada por ROCA a propósito del art. 207 y 32 LH., en caso de doble enajenación por una misma persona, en favor de A, comprador en documento privado que recibe tradición real de la finca, y en favor de B, que realiza con posterioridad un contrato de compraventa de la misma finca en escritura pública que se inscribe en el registro, A, *versus dominus* extrarregistral, podrá ejercitar con éxito sus acciones reales frente a B; obtener la cancelación de su asiento e inmatricular la finca en el registro a su nombre. Ello, mientras la finca permanezca inscrita a

---

Al problema de si la carencia de posesión en el *tradens* era una circunstancia que pudiese repercutir negativamente en el tercero hipotecario del art. 32 y 34 LH., (por ejemplo, cuando el titular registral que realiza la segunda enajenación carece de posesión real porque la entregó al primer adquirente extrarregistral), ROCA dio respuesta por la vía del propio principio de fe pública registral, en conexión con la legitimación del titular registral como poseedor del dominio o derecho real inscrito, por el art. 38 LH., que presume que el titular registral tiene la posesión del derecho inscrito a su favor. Si en virtud del art. 34 es preciso considerar *iuris et de iure* propietario-poseedor al titular registral transferente, la carencia de posesión real en el *tradens* es una circunstancia "que, por afectar a la titularidad inscrita, no puede repercutir en perjuicio de dicho tercer adquirente." La inscripción en favor del transferente *facilita* así la efectividad de la tradición en favor del tercero hipotecario, pero la inscripción del título de este tercero *no suple* la tradición, porque de lo contrario, la inscripción tendría carácter constitutivo en nuestro derecho, cosa inadmisible, por no haber precepto que lo autorice.

Posteriormente, ROCA adoptó una solución de LACRUZ, según el cual el problema ha de resolverse por una adecuada interpretación del art. 1462.2º en el sentido de que la *traditio* instrumental, previa normalmente a la inscripción, "*perfecciona el acto transmissivo sin necesidad de posesión en el tradens*, por estar centrado el modo en la *concorde voluntad* de las partes". (Ibídem. Págs., 324 y 325)

<sup>312</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 248 y 249.

nombre de B, hayan o no pasado los dos años de suspensión (aquí inaplicable, por otro lado) del art. 207 LH.

## 8. Apoyo jurisprudencial.

En apoyo de su tesis de que el inmatriculante nunca puede ser tercero hipotecario, ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL citan las STS. de 26 de febrero de 1949 (RJA. 1949/258), 24 de abril de 1962 (RJA. 1962/2093); 3 de octubre de 1963 (RJA. 1963/3964) y 22 de noviembre de 1963 (RJA. 1963/4958), señalando que no es del todo clara al respecto la STS. de 6 de diciembre de 1962. (RJA. 1962/5058)<sup>313</sup>

La STS. de 26 de febrero de 1949 (RJA. 1949/258) <sup>314</sup> no nos parece definitiva a los efectos de negar la condición de tercero hipotecario protegido por el sistema inmobiliario registral, al inmatriculante, pues en el pleito origen de la misma *no parece haberse cuestionado en ningún momento si era procedente, o no, que un título de dominio u otro derecho real no inscrito fuese inoponible a un inmatriculante.*<sup>315</sup> Ahora bien, si que hay que reconocer que la sentencia se integra en una línea jurisprudencial, junto a las STS. 12 noviembre 1970 (RJA. 5104/1970), 24 abril 1962 (RJA. 1962/2093) y 22 noviembre 1963 (RJA. 1963/4958), entre otras,<sup>316</sup> en la que se sienta que *"para que el tercero pueda ser protegido por el Registro es preciso que adquiera de quién, en el momento de la adquisición, sea titular registral; que para obtener la protección del art. 34 LH. hay que atender no a la fecha de la inscripción del*

<sup>313</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 539, nota 705.

<sup>314</sup> Ponente: Celestino Valledor y Suárez-Otero.

<sup>315</sup> Se trataba de un caso de nulidad de un procedimiento administrativo de apremio llevado a cabo contra Don Juan V. G., y del que resultó adjudicataria de la finca "El Frontón Vigués", tras la celebración de subasta, Doña Teresa G. de la R.. El procedimiento fue posteriormente declarado nulo por una Orden Ministerial, pretendiendo Don Juan que le fuese restituida la finca. Sin embargo, ésta había sido adquirida por Don Fernando M. de la E. y G., que ostentaba la condición de tercero hipotecario del art. 34 LH.. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por Don Juan, entendiendo que estaba probada la buena fe de Don Fernando, y por lo tanto, su condición de tercero hipotecario, ya que adquirió la finca en litigio sin que conociese ni constase en el Registro de la Propiedad la causa de nulidad del título anteriormente inscrito a favor de quien le transmitió el dominio.

<sup>316</sup> MOLINA GARCÍA cita también las STS. de 11 de mayo de 1909 y la de 22 de junio de 1949. (MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1975. Pág., 238, nota 137.

tercero sino de la *celebración del contrato que la originó*; que hay que atender al momento de la celebración del contrato y no al de la inscripción a la hora de determinar si el tradente era titular registral.<sup>317</sup> (Cva. ntra.)

La STS. de 24 de abril de 1962 (RJA. 1962/2093)<sup>318</sup> acoge una doctrina rigurosamente monista al casar la sentencia recurrida por haber interpretado con error el art. 34 de la LH.. Dicha interpretación errónea se ha producido por no concurrir dos requisitos que para la protección del tercero exige dicho artículo: haber adquirido de quien en el Registro figuraba con facultades para transmitir y la buena fe. El primero de ellos no concurre *porque en el momento de otorgarse la escritura de compraventa, la vendedora no tenía su título aparente de dominio inscrito en el Registro, el cual fue presentado al Diario incluso después de que se presentase por el comprador el suyo.*<sup>319</sup>

<sup>317</sup> MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta ...*, Op. cit.. Pág., 238.

<sup>318</sup> Ponente: Pablo Murga Castro.

<sup>319</sup> Doña Emilia S.A., hermana de medio vínculo de Don Justo V.A., Don Leoncio V.A. Doña Emilia V.A y de doble vínculo de Doña Aurora S., murió dejando testamento en el que instituía herederos a sus hermanos, pero imponiendo a Don Justo y a Doña Aurora un gravamen de sustitución fideicomisaria. Esto es, la condición de no poder disponer de los bienes heredados más que por acto de última voluntad, en favor de los hijos que tuviesen al fallecer, y en defecto de tenerlos, libremente.

Don Justo que había marchado a los Estados Unidos y contraído matrimonio con Dña. Magdalena C, de quien tuvo dos hijos, Leoncio y Elisa V.C., heredó a consecuencia de dicha disposición testamentaria una casa sita en Barcelona. El documento de partición y adjudicación *con la condición impuesta por la testadora, tuvo el oportuno reflejo registral*, quedando inscrito el piso a nombre de Don Justo con el citado gravamen.

Don Justo celebró segundas nupcias con Mercedes H. T. en favor de la cual otorgó testamento, en fraude de sus hijos, después de manifestar en él que no tenía descendientes. Muerto Don Justo el 8 IX 1953 en Caracas, y trasladada Mercedes a España, ésta manifestó a los hermanos de Don Justo que los hijos del primer matrimonio habían fallecido y se hizo cargo de los bienes de Don Justo, otorgando ante Notario la formalización y adjudicación de los bienes de aquél. Posteriormente, *sin tener su dominio inscrito en el Registro*, procedió a la venta de la casa de Barcelona a don Salvador F. I., que presentó su título en el Registro el 5 de julio de 1954, logrando la inscripción del mismo, previa presentación por Mercedes T. H. del inventario de la herencia dejada por Don Justo en su favor.

Doña Elisa V.C y Don Leoncio V.C, hijos de Don Justo, interpusieron demanda contra Mercedes H. T. y Don Salvador F. I. en la que en esencia solicitaban que se reconociese su pleno dominio sobre la finca de Barcelona, en virtud del título de herederos fideicomisarios de Doña Emilia S.A., se declarase la nulidad del testamento de Don Justo y de la compraventa celebrada por Mercedes H. T. y se condenase a los demandados a restituirles la dicha finca con sus frutos, cancelándose las inscripciones registrales contrarias a su dominio e inscribiéndose su título.

En 1ª Instancia si bien se reconoció que los actores debían ser reconocidos herederos en plena propiedad de los bienes fideicomitidos y que el testamento de Don Justo era nulo, se entendió que tal nulidad no podía extenderse a la compraventa verificada en favor de Don Salvador, quien podía mantener su adquisición. La sentencia fue confirmada en apelación.

Los actores interpusieron recurso de casación por infracción de los arts. 34 y 37 LH., estimando el Tribunal Supremo el recurso y casando y anulando la sentencia recurrida, y dictando nueva sentencia en la que además de los pronunciamientos vertidos en instancia y apelación, se estima la nulidad de la compraventa y se



La STS. de 3 de octubre de 1963 (RJA. 1963/3964) <sup>320</sup> contiene pronunciamientos en materia de buena fe, así, en qué consiste la buena fe, y en qué momento debe ostentarse para poder obtener la protección del art. 34 LH., *pero no hace pronunciamiento alguno en cuanto a negar al inmatriculante la condición de tercero hipotecario.* <sup>321</sup>

La STS. de 22 de noviembre de 1963 (RJA. 1963/4958) <sup>322</sup> versó sobre los siguientes hechos. La Compañía mercantil "herederos de Muñoz Rodríguez", había obtenido sentencia firme en su favor, condenando a Don Benito R.E., al pago a aquélla de unas cantidades adeudadas. El acreedor, al pretender ejecutar la sentencia, encontrase con que su deudor había vendido a su consuegro, Don Nicasio, por un precio inferior al valor real, una serie de fincas con las instalaciones industriales de su propiedad, colocándose **en estado de insolvencia**. Posteriormente Don Nicasio, que había inmatriculado la principal de dichas fincas en su favor por la vía del art. 205 LH., las hipotecó en favor del Sr. Rojo, "quien conocía, según propia confesión, los antecedentes del caso y la situación económica y procesal del deudor originario".

La Compañía acreedora demandó en primera instancia la declaración de inexistencia y nulidad de los contratos de compraventa e hipoteca, así como la nulidad de las

---

condena a los demandados a restituir la finca y rentas generada por ella.

<sup>320</sup> Ponente: Francisco Rodríguez Valcarce.

<sup>321</sup> Señala la sentencia como *ratio decidendi* de su fallo, "que la buena fe como requisito ineludible para ostentar la condición de tercero a efectos del art. 34 LH., consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte del que pretende ampararse en la protección registral de que la persona de quien recibió la finca de que se trata, era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, según enseña el art. 1950 del CC., y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenamiento, como se infiere de la redacción de los arts. 34,2º, 36, 40.D), y nº 9 del 107 de la primera ley citada y 433 y 1778 del CC., al extremo de que la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado con reiteración entre otras, en sus SS 28 junio 1941 (RJA 761/1941); 5 noviembre 1956 (RJA. 4114/1956), 10 abril 1957 (RJA. 1949/1957), 1 julio 1958 (RJA. 2528/1958), 24 febrero 1959 (RJA. 1080/1959) y 11 mayo 1962 (RJA. 2313/1962), que carecen de aquella cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación jurídica extratabular de lo transmitido o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente, siendo necesario, en todo caso, que dicho requisito y circunstancias que lo rodean, subsistan precisamente en el momento en que se produzca la adquisición del inmueble litigioso, puesto que el art. 34 mencionado al definir al tercero hipotecario se refiere expresamente al que << de buena fe adquiera determinados derechos >>, con lo que conecta de modo claro y directo el requisito psicológico e intelectual generador de la buena fe con el acto determinante de la adquisición." (Negr. ntra.)

La sentencia declara también que en las ventas judiciales forzosas, realizadas en el procedimiento judicial sumario consignado en el antiguo art. 131 LH., la traditio instrumental por el otorgamiento de escritura pública, se sustituye por el auto aprobatorio de la adjudicación, "de acuerdo con la regla 17 de dicho precepto y la S. de esta Sala de 2 de junio 1900."

<sup>322</sup> Ponente: Federico Rodríguez Solano y Espín.

inscripciones causadas por ellas en el Registro, y subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la acción de nulidad, demandó la rescisión de ambos contratos por otorgados en fraude de acreedores. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero fue estimada en apelación, recurriendo en casación los demandados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Frente a la afirmación de los recurrentes de haberse violado los arts. 34 y 38 LH., afirma el Tribunal Supremo en su Considerando 8º que, por un lado, la sentencia recurrida había declara probado que la simulación productora del título de adquisición del hipotecante era conocida perfectamente por el recurrente, motivo por el que éste no podía gozar de la cualidad de tercero hipotecario, y por otro lado, que *"....estando sujeta la principal de las fincas objeto del contrato a los efectos del art. 207 de la ley [Hipotecaria]...", el acreedor hipotecario "no la adquirió [la hipoteca] de quien, según el Registro podía transferírsela, como exigen los arts. 20, 38, 69 y la esencia interna del principio de la fe pública registral, que por ello no despliega sus efectos protectores en favor del inmatriculante ni de sus sucesivos causahabientes durante los dos primeros años de vigencia de dicho asiento en contra del verdadero dueño o titular de cualquier derecho real sobre la finca inmatriculada ... "*

Parecería que no tiene sentido que el Tribunal diga que el acreedor hipotecario *no adquirió de quien según el Registro podía transferirle la hipoteca*, y que lo lógico hubiera sido que afirmase que, dándose esa circunstancia, no operaba la protección de la fe pública registral, por estar en suspenso (arts. 205 y 207 LH.). Sin embargo, de la lectura del resto del considerando se desprende, en nuestra opinión, que, a juicio del Tribunal Supremo, durante los dos años de suspensión, no juega en favor del inmatriculante, ni tan siquiera el principio de legitimación registral, por lo que entonces resulta lógica la afirmación de que el acreedor hipotecario *"no la adquirió [la hipoteca] de quien, según el Registro podía transferírsela"*, ya que durante el transcurso de dichos dos años, el Tribunal considera que el Registro *ni otorga una presunción iuris tantum de titularidad, ni tampoco una apariencia de legitimación para transmitir*. La sentencia, pues, a nuestro juicio, parecería negar implícitamente que un inmatriculante tenga la condición de tercero hipotecario protegido por el Registro, cuando ni tan siquiera tiene en su favor una presunción *iuris tantum* de

titularidad hasta que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la inmatriculación. *Por otro lado, exige explícitamente haber adquirido de persona que figurase en el Registro con facultades para transmitir, para poder ser tercero hipotecario.*

*No obstante estas importantes afirmaciones, que compartimos, (y que se apartan de la interpretación que da ROCA SASTRE del art. 207 LH., pues para este autor no se suspende el principio de legitimación registral), en el supuesto real que dio origen a la sentencia no se planteaba ningún conflicto entre títulos sino un conflicto entre un acreedor, que pretendía ejecutar una sentencia dictada en su favor, y un adquirente simulado del deudor, adquirente que inmatricula la finca, y un acreedor hipotecario posterior, siendo considerado nulo (por simulado) el contrato de compraventa inscrito por el inmatriculante y negándose la condición de tercero hipotecario al acreedor hipotecario por los motivos indicados.*

Respecto de la STS. de 6 de diciembre de 1962 (RJA. 1962/5058) <sup>323</sup>, dice ROCA SASTRE que "no es del todo clara" pues parecería olvidar que el inmatriculante nunca puede ser tercero hipotecario, si bien luego la cita como Sentencia que niega al inmatriculante la protección de la fe pública registral. En nuestra opinión, la Sentencia es *claramente monista*. Para su mejor explicación comenzamos por resumir los hechos que la motivaron.

Doña María Vicenta U., transmitió por documento privado de venta de fecha 12 de septiembre de 1941, la nuda propiedad de una fincas en favor de su hermana Doña M<sup>a</sup> Josefa U y su marido Don Santiago C., reservándose el usufructo de la mismas. Posteriormente, el 13 de diciembre de 1942, transmitió el usufructo de dichos bienes en favor de ambos, consolidándose así el pleno dominio. El 22 de noviembre de 1955 Doña Vicenta volvió a vender los bienes en favor de Don Pablo E., por escritura pública que se inscribió en el Registro de la Propiedad, causando asiento de inmatriculación. Mas dicha compraventa adolecía de falta de consentimiento, pues la escritura pública fue otorgada por la vendedora a virtud de un engaño, y sin darse cuenta de que realizaba tal otorgamiento, pues se le llevó a la Notaría haciéndole creer que iba a formalizar un testamento.

Doña Josefa y su marido interpusieron demanda, durante los dos años de suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación, previstos por el art. 207 LH., por la que solicitaban que se declarase la nulidad de la escritura de venta, la inexistencia del contrato de compraventa por simulación, y que se declarasen eficaces los contratos de venta celebrados por Doña Vicenta en su favor, condenando a los demandados, Doña Vicenta y Don Pablo, a pasar por tales ventas y reconocer como dueños de dichos inmuebles a los actores. Asimismo se solicitaba que se declarasen nulas las inscripciones de inmatriculación de los dichos bienes, y se ordenase su cancelación. La demanda fue estimada por el Juzgado de 1ª Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. El recurrente, Don Pablo, alegó, entre otros motivos, la interpretación errónea del art. 1473 CC. y la aplicación indebida del art. 34 LH., por entender el recurrente que tratándose de una doble venta le correspondían los bienes por ser quien primero inscribió en el Registro de la Propiedad. De la lectura de la Sentencia se deduce que la Audiencia interpretó el art. 1473 en el ámbito de la fe pública registral y que aplicó el art. 34 LH. para negar a Don Pablo la condición de tercero hipotecario, por no haber adquirido de quien en el Registro figuraba con facultades para transmitir. De ahí que el argumento de Don Pablo fuese que no correspondía aplicar el art. 34 LH. sino el art. 1473.2 CC., que atribuye la propiedad al que simplemente es primero en inscribir.

El Tribunal Supremo deniega el motivo por entender que **"si bien se trata en efecto de una doble venta no cabe olvidar que las [fincas] no estaban inscritas en el Registro** y fue el propio recurrente quien logró su inmatriculación por medio de un acta de notoriedad, que conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, por lo que impugnada antes de pasado dicho plazo, **ni el señor C. tiene el carácter de tercero hipotecario, ni el de propietario inscrito**; por todo lo cual debe resolverse la cuestión, como hace la sentencia impugnada a favor de los recurridos como poseedores de buena fe de los bienes y con título dominical más antiguo, desestimando el recurso en su totalidad."

Del argumento del Tribunal parece desprenderse por un lado, *la necesidad de que las fincas estuviesen inscritas en el Registro, para poder atribuir su propiedad al primero en inscribir, con arreglo al art. 1473.2 CC. ( "...si bien se trata en efecto de una doble venta no cabe olvidar que las [fincas] no estaban inscritas en el Registro ..."* - alega, a nuestro juicio, para negar que el art. 1473 CC. haya sido interpretado erróneamente -). De otro lado, *niega al Sr. C el carácter de tercero hipotecario, no porque exista la suspensión de efectos del art. 207 LH., sino, en el fondo, porque el art. 34 LH. fue aplicado debidamente por la Audiencia para negarle la protección registral, obviamente por no cumplir los requisitos del mismo y entre ellos el adquirir de titular registral.* El Sr. C - parece decir el Tribunal Supremo - durante los dos años de suspensión del art. 207 LH., ni tiene el carácter de tercero hipotecario, como ha dicho la Audiencia, aplicando debidamente el art. 34 LH., *ni tan siquiera tiene el carácter de propietario inscrito. No tiene lo más, pero es que, ni tan siquiera tiene lo menos.* El Tribunal parece asumir así una posición semejante a la de VALLET DE GOYTISOLO, que afirma la suspensión por dos años de la eficacia de la inscripción de inmatriculación *en cuanto a la legitimación registral*, y a la de la STS. 22 de noviembre 1963, que ya hemos comentado.

Hay quien ha dicho, sin embargo, que la sentencia parece admitir la protección al inmatriculante frente a la primera venta al cabo de los dos años de suspensión del art. 207. No es ésta nuestra impresión, sino la que hemos manifestado.<sup>324</sup>

<sup>324</sup> Así, SERRERA CONTRERAS, comentando la Sentencia dice que "... aquí sí que se aborda de frente el tema de la protección del que adquiere de quien no era titular inscrito. El interesado reclamaba la aplicación del artículo 1473 del Código Civil, que no exige aquella previa inscripción. Ahora bien, curiosamente el Tribunal Supremo desestima esa pretensión, no porque rebata su argumento frontal, [en nuestra opinión si lo rebate al decir "si bien se trata en efecto de una doble venta *no cabe olvidar que las fincas no estaban inscritas en el Registro* ] sino en razón a que el inmatriculante estaba sujeto a una suspensión de dos años de la fe pública y entretanto no podía considerarse tercero hipotecario.

Parece que si dicho plazo hubiera transcurrido, aquel adquirente habría sido protegido. Y como, en definitiva, el inmatriculante no deja de serlo porque hayan pasado dos o cuatro años desde su inscripción, es por lo que pensamos que la sentencia citada, invocada por ROCA SASTRE en abono de su tesis monista, más bien apoya la conclusión de que el tercero del artículo 32 puede ser protegido aunque no haya adquirido de titular inscrito. Lo que ocurre es que, según el Tribunal Supremo, esa protección no se dispensa mientras y en los casos en que juega la suspensión de la fe pública. Es lo que había mantenido DEL HOYO, en un trabajo de 1949, sobre el concepto de tercero." (SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. N° 593. Págs., 1208 y 1209).

Afirmarían que la fe pública registral no actúa en favor del inmatriculante (porque no pudo adquirir de quien según el Registro era titular); ni tampoco en favor de sus sucesivos adquirentes que tengan la condición de terceros hipotecarios con arreglo al art. 34 LH., durante los dos primeros años de vigencia del asiento de inmatriculación, en contra del verdadero dueño o titular de cualquier derecho real sobre la finca inmatriculada, las STS. de 22 de noviembre de 1963 (RJA. 1963/4958) y 6 de diciembre de 1962 (RJA. 1962/5058), ya comentadas; la de 12 de diciembre de 1963, que como ya dijimos no nos ha sido posible localizar,<sup>325</sup> y las de 10 de diciembre de 1951 (RJA 1951/2363); y 28 de marzo de 1979 (RJA. 1979/973).<sup>326</sup>

En nuestra opinión esta última sentencia <sup>327</sup> poco aporta a la cuestión debatida de si el inmatriculante es o no protegido frente a títulos de dominio u otros derechos reales no inscritos, al versar *los hechos* de la misma sobre una acción de deslinde y amojonamiento entre dos fincas, una inmatriculada y otra no, y recordar el Tribunal Supremo que la fe pública registral no se extiende a los datos de hecho, y por lo tanto, no ampara la medida superficial de las fincas, ni durante los dos años de suspensión de la fe pública registral por el art. 207 LH., ni posteriormente. *Sin embargo si que es cierto que el Tribunal Supremo viene a afirmar que, debiendo interpretarse el art. 207 en coordinación con el art. 34 LH., y en el ámbito de la fe pública registral, el surtir efectos respecto de tercero los asientos de inmatriculación practicados con arreglo a lo establecido en los arts. 205 y 206 LH., transcurridos dos años desde su fecha, debe interpretarse en el sentido de surtir efectos de fe pública respecto de terceros del art. 34 LH., no en el sentido de surtir efectos de inatacabilidad el asiento de inmatriculación, respecto de terceros civiles extrarregistrales.*

En cuanto a la STS. 10 de diciembre de 1951 (RJA 1951/2363), considera que es inaplicable la protección por la fe pública registral del tercero hipotecario *strictu sensu* a los actores, *primeros inscribientes de información posesoria.*

---

<sup>325</sup> Cfr.: nota ...

<sup>326</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*, Pág. 539, nota 706.

<sup>327</sup> Ponente: Andrés Gallardo Ros.

## 9. Argumentos de Derecho Comparado.

**9.1. La norma del art. 32 LH. no es exclusiva de los sistemas de transcripción, sino que también existe en los sistemas de fe pública registral como el alemán o el suizo, por lo que no hay razón de necesidad para, en un sistema de fe pública como es el español, dar al art. 32 LH. una interpretación inspirada en el principio latino de inoponibilidad.**

La norma contenida en el art. 32 LH. no es exclusiva de los sistemas de transcripción. También existe en los sistemas de fe pública como el alemán o el suizo, si bien "dada la alta corrección técnica que alcanzan sus preceptos en la materia, que son pocos y concebidos con amplitud, sus Códigos no descienden al detalle de formar un precepto" como el del art. 32. Ello unido a que en estos sistemas la inscripción es constitutiva en las adquisiciones derivadas de negocio jurídico que implican propiamente tráfico jurídico, daría lugar a pensar que en tales sistemas no existe el supuesto de inexactitud registral por falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria, (motivo por el que el art. 32 LH. debería ser interpretado necesariamente en sentido de sistema de transcripción).

Sin embargo, las cosas no son así. En el sistema alemán existen casos de negocios jurídicos de carácter real que *por no ser de tráfico* producen efectos reales al margen del Registro, como las adquisiciones por sucesión hereditaria, comunidad matrimonial de bienes, adquisiciones por adjudicación por acto de autoridad estatal (por ejecución forzosa o remate de un embargo), adquisiciones por expropiación ... Igualmente, en el Código civil suizo, artículo 656.2, no se exige inscripción "para las adquisiciones inmobiliarias por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa o sentencia." En todos estos casos de adquisiciones para las cuales la inscripción no es constitutiva, "el hecho de no haberse inscrito la adquisición correspondiente origina la consiguiente *inexactitud* del Registro", frente a la que ofrece protección la fe pública registral. Es cierto que este caso de inexactitud registral por falta de acceso de un título de dominio o de otro derecho real al Registro "se dará potencialmente con mayor frecuencia en nuestro sistema por efecto de ser sólo excepcionalmente de carácter constitutivo la inscripción", que en esos otros sistemas mencionados, pero tal hecho es una

cuestión de cantidad, no de esencia. Hay que concluir, pues, que no es preciso en un sistema de fe pública como el español, dar al art. 32 LH. un sentido de sistema de transcripción, pues la norma contenida en el mismo *no es exclusiva de tal sistema, al existir también, aunque con distinto signo, en los sistemas de fe pública registral.*

No es obstáculo a esta conclusión el que estructuralmente el art. 32 LH. guarde semejanza con el art. 30.1 de la Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955,<sup>328</sup> el art. 2644.1 del CC. italiano,<sup>329</sup> el art. 1 de la LH. belga de 16 de diciembre de 1851, modificado en 8 de julio de 1942,<sup>330</sup> y el art. 7.1 del Código del Registro predial de Portugal de 8 de octubre de 1959,<sup>331</sup> pues ya se ha dicho que la norma del art. 32 no es exclusiva de los sistemas de inoponibilidad, y además en la LH. española *existen otros preceptos "que constituyen el soporte del principio de fe pública", el cual atribuye a este art. 32 "un sentido bastante diferente del que tienen dichos otros artículos de los sistemas de transcripción."* [(Cva. ntra.) Esta idea de que el art. 32 LH. no puede tener el sentido propio de un sistema de transcripción al existir otros preceptos que, por proclamar determinados principios hipotecarios le atribuirían un sentido diferente al de dichos sistemas, la desarrolla con mas amplitud, como veremos más adelante, DE LA RICA Y MARITORENA, si bien refiriéndose no al principio de fe pública, como hace ROCA SASTRE, sino, a los principios de tracto sucesivo, de inscripción en su aspecto técnico - formal, de legalidad, y de registración por fincas.]

<sup>328</sup> Art. 30.1º Ley de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955: "Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son, si no han sido publicados, inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido, del mismo autor, derechos concurrentes en virtud de actos y decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados, o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles, si han sido publicados, cuando los actos, privilegios o hipotecas, invocados por estos terceros, hayan sido anteriormente publicados." (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 200, nota 58.)

<sup>329</sup> Art. 2644.1 CC.: "Los actos enunciados en el artículo precedente no tienen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del mismo acto." (Ibidem. Pág. 200, nota 59).

<sup>330</sup> Art. 1 LH. 16 de diciembre de 1851, modificado el 8 de julio de 1942: "Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, además de los privilegios e hipotecas ..., serán inscritos ... Mientras tanto, no podrán ellos ser opuestos a terceros que hayan contratado sin fraude." (Ibidem. Pág. 200, nota 60)

<sup>331</sup> Art. 7.1 del Código de 8 de octubre de 1959: "Los hechos sujetos a Registro sólo producen efectos contra terceros después de la fecha de su respectivo registro." (Ibidem. Pág., 200. Nota 61).



Por otro lado, los sistemas de transcripción (Francia e Italia) están adoptando preceptos nuevos, protectores frente a acciones de resolución, revocación, anulación ... , que implican una aproximación hacia los sistemas de fe pública. Esta evolución de dichos sistemas culminará, según ROCA SASTRE, en la adopción del principio de fe pública registral "con características más o menos nacionales. Y cuando esto ocurra, tales legislaciones podrán mantener la letra del precepto equivalente a nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria, *pero éste habrá cambiado de significación institucional*."<sup>332</sup> (Cva. ntra.)

En esa línea de aproximación hacia la fe pública registral, explica ROCA SASTRE, el mismo art. 30 de la ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 dispone que la resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de un acto transcribible, cuando tengan efectos retroactivos, no serán oponibles a los causahabientes a título singular del titular del derecho aniquilado, salvo que la cláusula determinante de la resolución, revocación, etc. constase anteriormente publicada o derivase la causa de las mismas de la ley. Y el Código Civil italiano (art. 2652, números 6, 7, y 8), prevé una serie de supuestos de resolución, etc., que la doctrina denomina de eficacia sanante de la publicidad registral, la cual no opera automáticamente, sino retroactivamente al transcurrir plazos de entre 5 y 10 años, concurriendo determinadas circunstancias como la buena fe y la no transcripción precedente de la demanda judicial, y en ciertos casos que la adquisición sea a título oneroso. Tales supuestos implican verdaderas adquisiciones *a non domino*.<sup>333</sup>

## **9.2. El automatismo en el funcionamiento del Registro, propio de los sistemas latinos y producto de la no consideración de la buena fe como requisito imprescindible para obtener la protección registral, no puede considerarse como un progreso deseable.**

Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, ROCA SASTRE considera que el automatismo en el funcionamiento del Registro, propio de los sistemas de transcripción, y originado por la falta

<sup>332</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*. RCDL, 1965. Nº 446 - 447. Págs., 800 a 804.

<sup>333</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*. Págs., 201 y 232.

de consideración de la buena fe como requisito imprescindible para obtener la protección registral, no puede considerarse como un progreso deseable, al menos con referencia al sistema español.<sup>334 335</sup>

"Los sistemas de transcripción - explica - se apoyan decisivamente en la más pura *prioridad registral* en el acceso de los títulos, válidos como tales, o sea, abstracción hecha del derecho del transferente. En consecuencia, concentran la energía protectora de los terceros adquirentes en el mero hecho de ser el primero que acude a registrar su título.

De ahí que la sola transcripción tenga el valor, si no de un modo de adquirir, si de un dispositivo protector que vale por su propia esencia."<sup>336</sup>

El legislador considera que al aplicar un criterio de pura prioridad asegura el tráfico jurídico inmobiliario pues " ... ello permite evitar cuestiones, pleitos y dudas acerca de la calidad de los títulos y del estado psíquico de los terceros adquirentes que pugnan por prevalecer cuando se trata de actos incompatibles ..." Para resolver el conflicto entre ellos " es suficiente tomar en consideración el dato simple de cuál de los varios títulos opuestos tuvo primeramente acceso al Registro".

"Y así, quien no haya utilizado a tiempo el medio de la registración allá él con su descuido, sin que pueda quejarse, por más que fuese un adquirente a título oneroso y [con] buena fe el que quedase postergado a favor de quien a caso no sea más que un mero donatario carente de buena fe, no degenerada en fraudulencia, pero que cumplió oportunamente con el requisito de la transcripción".<sup>337</sup>

Trasplantar al Derecho español, como pretendería algún sector de la corriente dualista,<sup>338</sup> este automatismo o criterio de ciega prioridad en ocupar el puesto registral (para

<sup>334</sup> En nuestra opinión no se puede considerar un progreso deseable ni con relación al sistema español ni con relación a cualquier otro sistema de Registro.

<sup>335</sup> LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. 1957. Pág. 265. (Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Pág. 814.)

<sup>336</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...* Op. cit., Pág. 818.

<sup>337</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Pág. 818.

<sup>338</sup> El que niega la necesidad de buena fe en el tercero autónomo del art. 32 LH.

resolver la pugna entre dos o más títulos incompatibles referidos a una misma finca o derecho real), sin ser amansada la prioridad por la buena fe, es lo que ROCA no considera un progreso deseable. Estima que supone exagerar la regla *prior tempore potior iure*. Igualmente, estima que esta idea matriz de los sistemas de transcripción es insostenible por constituir un "puro sofisma pretender negar beligerancia a la buena fe del tercer adquirente como elemento ético y de justificación del esfuerzo que para el legislador representa el mantener la adquisición de dicho tercero ..." <sup>339</sup>

El automatismo en el otorgamiento de la protección registral está en pugna con el fundamento de la protección dispensada por el Registro, que es la tutela a la confianza en una apariencia, *por el engaño que ésta causa en un sujeto*, impidiéndole percatarse de la situación real. Crear una apariencia (por medio del Registro), *para proteger al que conoce la situación real*, "supone emplear la fuerza del Derecho para premiar a quien ... comete un acto reprobado por la moral: adquirir a sabiendas cosa ajena. Esta es la única consecuencia específica del automatismo, porque, aparte de esto, el registro que exige la buena fe es - o puede ser - tan seguro como el otro: al ignorante nunca ha de perjudicarle su ignorancia, y al que sabe que una cosa es ajena no debe nunca ayudarle la Ley a quedarse con ella." <sup>340</sup>

**9.3 Los sistemas de transcripción responden a características institucionales distintas de las que informan el sistema inmobiliario registral español, por lo que el art. 32 LH. no puede ser interpretado en un sentido de inoponibilidad respecto de tercero, propio de aquellos sistemas.**

Los sistemas de transcripción responden a características institucionales "a las que es difícil encajar el sistema establecido en nuestro Derecho inmobiliario registral." Así:

a) Es obligatoria la registración de los actos y decisiones más importantes del tráfico jurídico inmobiliario. "Por ejemplo, en Francia son, entre otros, actos obligatoriamente

<sup>339</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Págs., 813 y 814.

<sup>340</sup> LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. 1957. Pág. 265. (Citado por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación ...*, Op. cit., Pág., 814.)

registrables los actos y decisiones judiciales que contengan o constaten toda mutación o constitución entre vivos de derechos reales sobre inmuebles y los privilegios inmobiliarios e hipotecas, así como los arrendamientos de inmuebles por más de doce años o en que se anticipen rentas de tres o más. Dentro de estos actos, a los efectos que aquí interesan, se incluyen los actos entre vivos de transmisión del dominio y constitución de derechos reales sobre inmuebles, así como las prohibiciones y limitaciones de disponer". La no registración es sancionada con la inoponibilidad a terceros, excepto el caso en que el título inscrito por el tercero es un acto declarativo o un título de transmisión por causa de muerte, casos en los que el acto no inscrito es oponible al tercero, pero la falta de publicidad es sancionada con la indemnización de daños y perjuicios. El adquirente protegido por el Registro puede rechazar el acto no inscrito aunque lo haya conocido, pues la mala fe sólo se tiene en cuenta en caso de *concert frauduleux* (concierto fraudulento) entre dicho adquirente y transferente, por imponerle el principio *fraus omnia corrumpit*. Se afirma que entre fraude y conocimiento del fraude "media una gran distancia, pues el fraude requiere algo más que el simple conocimiento de una enajenación anterior, por presuponer un elemento intencional, consistente en querer el resultado dañoso para el otro". Estas bases o criterios en que se funda el sistema de transcripción francés, quedan lejos de los principios que informan el sistema inmobiliario registral español. Así, la idea de sanción o castigo a la falta de publicidad, la cual "es extraña al Derecho Hipotecario español, ya que es propia únicamente de los sistemas de inscripción obligatoria o necesaria". Por lo tanto, si bien el art. 32 LH. expresa la idea de inoponibilidad de lo no inscrito respecto de tercero, lo hace en un sentido distinto de los sistemas de transcripción; en el sentido de los sistemas de presunción de exactitud e integridad de lo registrado, a cuyas características institucionales responde el sistema español. El art. 32 LH. hace referencia, como ya vimos, no sólo a los supuestos de doble enajenación, sino a toda una serie de situaciones jurídicas inmobiliarias que por su especial naturaleza *no pueden dar lugar a un efecto de mantenimiento del tercero en su adquisición, sino a un efecto de afección o perjuicio a terceros hipotecarios si están registradas, de suerte que si no constan inscritas no les perjudican*. Este juego de afección de lo inscrito (y no de lo no inscrito) es un efecto directo y primordial de la publicidad y fe pública, no un efecto complementario, (carácter éste que sólo es aparente en los sistemas de presunción de exactitud, por razón de

manifestarse principalmente la protección de los terceros hipotecarios respecto del aspecto de la fe pública consistente en mantener el tercero su adquisición). *Y si es efecto directo de la publicidad y fe pública, lógicamente la no afección de lo no inscrito (art. 32 LH.), está sujeta a los mismos requisitos para el tercero hipotecario, que el mantenimiento de su adquisición (art. 34 LH.)* <sup>341</sup>

b) Los sistemas de transcripción no utilizan el folio real, sino que los actos registrables se inscriben a base del nombre de los sucesivos propietarios (hoja personal). De esta manera "cada vez que se piden datos sobre la situación de los mismos inmuebles debe hacerse un examen referente a todos los propietarios, el cual puede recaer sobre actos antiguos y numerosos y representa siempre una dilación."

Diferentemente, en nuestro Derecho, la Ley Hipotecaria de 1861 (art. 228), ya inauguró el sistema de folio real, que respecto de las fincas de cuyos títulos ya se hubiese tomado razón en las antiguas Contadurías, se abría mediante el traslado del último asiento de dominio practicado en las Contadurías.

"Lo cierto es que el sistema de llevar el Registro por fincas, seguido por nuestra legislación hipotecaria, así como por las de Alemania, Suiza y otros países de desenvolvimiento técnico, a diferencia de los de transcripción, tiene no sólo trascendencia para el orden interno de la Oficina registral y la llamada publicidad formal, sino que produce *efectos sustantivos en el ámbito del principio de la fe pública*, ya que para el tercero hipotecario el Registro de la propiedad es la correspondiente hoja, folio o registro particular de la finca inmatriculada, *en la exactitud de cuyo contenido ha confiado* (cfr. art. 13, párrafo 1ª, de nuestra Ley Hipotecaria)". (Cva. ntra.) Aunque pueda alegarse que el folio real es adaptable tanto a sistemas de inoponibilidad como de presunción de exactitud, <sup>342</sup> "la adopción del

<sup>341</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. Op. cit., 230 a 233.

<sup>342</sup> De hecho, en Francia, para obviar los inconvenientes a la hora de obtener información sobre las fincas, el Decreto - ley de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 ha introducido un fichero inmobiliario que se lleva por términos municipales y que está formado por fichas de tres clases: las personales del propietario, las parcelarias y las de inmuebles para fincas urbanas. Este fichero, que se está aplicando de momento a las fincas urbanas, permite suministrar casi de inmediato los datos sobre la finca. Junto a este fichero, se ha introducido un requisito de tracto sucesivo consistente en que ningún acto o decisión judicial sujeto a registración podrá ser publicado en el fichero inmobiliario si el título del disponente o último titular no

régimen de folio real *ab origine* por nuestra primera Ley Hipotecaria es un síntoma de que los legisladores de 1861 no quisieron seguir fielmente los sistemas de transcripción ni un sistema mixto o híbrido de inoponibilidad y fe pública, sino un sistema *que se inspiró fundamentalmente en la legislación prusiana a la sazón vigente (Ley u ordenanza hipotecaria de 20 de diciembre de 1783 y Código civil Común de Prusia de 5 de enero de 1794), sin desconocer su carácter autóctono...*<sup>343</sup> (Cva. ntra.)

Hay que concluir, pues, que tampoco el examen del Derecho Comparado ofrece base para una interpretación autónoma del art. 32 LH., ni para la afirmación de que el originario art. 23 LH. 1861 fue redactado bajo la inspiración de los sistemas de inoponibilidad.

## VI. OTRAS OPINIONES MONISTAS O UNITARIAS SOBRE EL TERCERO HIPOTECARIO CONTEMPLADO POR LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 LH..

### 1. El monismo ecléctico de COSSIO Y CORRAL, DE LA RICA Y MARITORENA y VALPUESTA FERNÁNDEZ.

Clasificamos como *monistas eclécticos* a estos tres autores, porque de una u otra manera, hacen ciertas concesiones a la tesis dualista, concesiones que, en nuestra opinión, no son admisibles, y que se refieren fundamentalmente a considerar que en la Ley Hipotecaria de 1861 hubo una influencia del sistema latino de inoponibilidad en cuanto a los efectos de la inscripción; influencia que, en una evolución posterior del sistema registral inmobiliario español, habría desaparecido, por haber culminado tal evolución en la plena adopción del principio de fe pública registral y de un sistema germánico de protección de terceros.<sup>344</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, por su parte, llega a admitir, incluso, una interpretación actual del art.

---

ha sido antes publicado conforme a la ley, exceptuándose únicamente los casos en que el derecho se haya adquirido sin título (por prescripción o accesión), o los casos en que el título del disponente o último titular es anterior al 1 de enero de 1956. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y Roca - Sastre Muncunill, Luis. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 233 y 234).

<sup>343</sup> Roca Sastre, Ramón María y Roca - Sastre Muncunill, Luis. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.* Págs., 233 y 234.

<sup>344</sup> Ve también esta evolución en el sistema inmobiliario registral español, Rubio Garrido. (Rubio Garrido, Tomás. *La doble venta y la doble disposición*. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. Págs., 55 a 65 y 93 y 94).

1473.2 CC. autónoma de la fe pública registral (el comprador preferido no requiere del requisito de previa inscripción del vendedor).

Frente a estas posiciones doctrinales eclécticas, clasificamos de monistas puros a SANZ FERNÁNDEZ, GIMÉNEZ ROIG, ROCA SASTRE, ROCA - SASTRE MUNCUNILL y otros hipotecaristas clásicos a los que haremos mención en el Capítulo IV, por considerar estos autores que desde la Ley Hipotecaria de 1861, el art. 23 respondió al principio de fe pública registral. Esta postura doctrinal es la que nosotros compartimos y trataremos de defender en el Capítulo IV.

### 1.1 El monismo ecléctico de COSSIO Y CORRAL.

Para COSSIO Y CORRAL, aunque el legislador de 1861 tomó como pauta el sistema germánico, adoleció de una defectuosa comprensión del mismo y de una perturbadora influencia del sistema francés, "que no veía en la transcripción sino un requisito necesario para que el título inscrito pudiera ser opuesto a las personas ajenas al mismo. El art. 389 en su redacción originaria, estaba calcado de la ley francesa ..."<sup>345</sup> Este mismo punto de vista es el que informó, a su juicio, la definición de tercero del art. 27 primitivo.<sup>346</sup>

A través de un proceso de interpretación progresiva, (que tendría su origen en el concepto de tercero hipotecario inducido por CALDERÓN NEIRA de los arts 23, 34, 36, 38 y 69 de la LH. primitiva, y su desarrollo, en el perfeccionamiento paulatino de dicho concepto, principalmente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al reconocer en numerosísimos fallos la necesidad de buena fe,<sup>347</sup> implícita en el pensamiento del legislador de 1861), habría

<sup>345</sup> Se refiere al art. 389 de la LH. de 16 de diciembre de 1909: "No se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las Oficinas del Gobierno, ningún documento ó escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción, según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero derecho que debió ser inscrito."

Su redacción primigenia era la del art. 396 de la LH. de 1861: "Desde la publicación de esta Ley, no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento ó escritura de que no se haya tomado razón en el registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción, según la misma Ley."

<sup>346</sup> DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Lecciones de Derecho Hipotecario. (La ley de 30 de diciembre de 1944)*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1945. Págs., 123 y 124.

<sup>347</sup> Cita las sentencias de 11 enero de 1895, 28 de junio de 1897, 9 de julio y 27 de octubre de 1900, 8 de mayo de 1901, 12 de mayo y 30 de agosto de 1903 y 20 de diciembre de 1904. "Apoyándose en la doctrina de estos fallos, - dice - definió GAYOSO al tercero, diciendo que es el que inscribió un derecho real, adquiriéndole

variado, casi sin notarse, el sentido y alcance de la Ley Hipotecaria. De verse en el Registro, por la influencia del sistema de transcripción, (a pesar de la intención de sus autores de tomar como pauta el sistema germánico), un organismo "dirigido a hacer oponibles a tercero, mediante la oportuna publicidad, los derechos reales, es decir, a producir efectos *en perjuicio de tercero*, hubiera éste o no inscrito su derecho"<sup>348</sup>, se pasaba ahora, "al obtenerse mayor claridad en el conocimiento de la verdadera esencia del Registro", a verse en éste un organismo dirigido principalmente *a beneficiar a tercero*, legitimándolo registralmente, si meramente inscribe, o protegiéndole plenamente, si reúne las condiciones del art. 34, precepto en que habría cristalizado la mencionada interpretación progresiva. Así el sistema español se habría aproximado al del Código civil alemán, y habría suprimido la perturbadora definición del antiguo art. 27. "El tercero, para adquirir la cualidad de hipotecario y conseguir, por lo tanto, la plena protección registral debe *a)* Haber adquirido de titular según el Registro. *b)* Haber adquirido a título oneroso. *c)* Haber adquirido de buena fe; y *d)* Haber inscrito el título de su adquisición".<sup>349</sup>

## 1.2. El monismo ecléctico de DE LA RICA Y MARITORENA.

En opinión de DE LA RICA Y MARITORENA, la Ley Hipotecaria de 1861 fue ecléctica pues instauró un sistema hipotecario "que conjugaba la técnica germánica de publicidad con la latina de inoponibilidad, representadas ambas por los artículos 34 y 23 respectivamente", es decir, "... el legislador de 1861, en el artículo 23 ... [introdujo] ... un << sui generis >> tercero latino en convivencia con el incipiente tercero germánico que creaba el artículo 34. ... << Sui generis >> porque este tercero latino trasplantado a un sistema apoyado en presupuestos germánicos (tracto sucesivo, legalidad, inscripción como técnica-formal y registración por fincas) no podía actuar como lo hacía en su sistema originario. Por lo que siempre se le ha exigido que cumpliera los requisitos del artículo 34."<sup>350</sup>

---

*onerosamente, sin mala fe*, del que en el Registro aparecía con facultad para conferirlo." (DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Lecciones de Derecho Hipotecario*. ... *Op. cit.*, Pág., 125)

<sup>348</sup> A su juicio, "a este orden de ideas respondía el antiguo art. 27, y solamente situado en este plano hubiera podido ser comprendido en su justo sentido ..."

<sup>349</sup> DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Lecciones de Derecho Hipotecario*..., *Op. cit.*, Págs., 125, 129 y 130; DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. 2ª Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956. Pág., 216.

<sup>350</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº



El art. 23 de la LH. 1861 - explica - no recogió el aspecto negativo de la fe pública sino el principio de inoponibilidad, y en eso, hay que estar de acuerdo con los dualistas. La Exposición de Motivos de aquella Ley lo demostraría claramente. "Pero en realidad, el artículo 23 primitivo, aún introduciendo el tercero latino ... nunca actuó con la fuerza que lleva aparejada en su sistema original. Nunca las inscripciones primeras o de inmatriculación han estado protegidas por el principio de inoponibilidad.<sup>351</sup> Sucedió así porque el tercero latino, transplantado a un sistema de fondo germánico y con principios que le son incompatibles, queda totalmente desvirtuado e inoperante."<sup>352</sup>

Paulatinamente, la figura de este tercero latino << sui generis >> habría ido desapareciendo, debido, por un lado, al predominio que en cada reforma de la Ley Hipotecaria habría obtenido la corriente germánica de protección inmobiliaria y, por otro, a la influencia de JERÓNIMO GONZÁLEZ, gran conocedor del Derecho inmobiliario alemán, que habría sido el principal introductor de la actual terminología científica en materia hipotecaria y el definidor del contenido de los principios hipotecarios con arreglo a la técnica germánica, y cuya interpretación pangermanista de la Ley Hipotecaria habría sido unánimemente aceptada. De esta manera, el tercero latino << sui generis >> habría venido a desembocar en el aspecto negativo de la fe pública registral, como complemento del artículo 34. "... La Exposición de Motivos de la última Ley de Reforma Hipotecaria extendió el certificado de la defunción del tercero latino."<sup>353</sup>

Hoy día, el art. 32 LH. no representa al tercero latino de la inoponibilidad sino el aspecto negativo de la fe pública registral. "... La jurisprudencia más reciente, estudiada por la doctrina, así lo ratifica."<sup>354</sup> Aunque la situación contemplada en ambos preceptos, 32 y 34 LH.,

---

478. Págs., 708 y 729.

<sup>351</sup> En otro momento dice: "No conozco sentencias que demuestren lo contrario. Ocurrió así no por incorrecta aplicación del precepto [art. 23], sino porque el principio latino de la inoponibilidad trasplantado a nuestro derecho que contenía principios ' opuestos ' al mismo, queda desvirtuado al tener que actuar en régimen extraño." [Negr. ntra.] (DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero ...*, Op. cit., Pág., 714)

<sup>352</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 711 y 712.

<sup>353</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 709, 710, 712 y 713.

<sup>354</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº

sea distinta, pues uno protege al tercero de los títulos colaterales, y el otro, de los títulos de la línea recta ascendente, utilizando un símil del derecho de sucesiones, el interés tutelado en ambos preceptos es el mismo. Es el interés general de la Ley que se concreta en la protección, en favor del tráfico jurídico, de quien amparado en los pronunciamientos registrales, contrata de buena fe, protección que discurre exclusivamente por los principios de legitimación y fe pública registral. (O lo que es lo mismo, se trata de asegurar al adquirente que podrá adquirir un derecho de quien a todos los efectos legales se presume dueño y en las condiciones jurídicas que figuran en el Registro). Los terceros contemplados por los dos preceptos son, pues, los mismos, ya que están amparados por una misma protección.<sup>355</sup>

Consecuencia de lo dicho es que la inscripción en el Derecho español es declarativa y voluntaria y sólo deviene constitutiva en virtud de la fe pública registral. Entonces la inscripción tiene el valor de modo "aún sin proponérselo". La inmatriculación, que sólo genera a un titular registral simple protegido por el principio de legitimación registral en virtud de su mera inscripción, " ... no está amparada por la fe pública registral ni por ningún principio de inoponibilidad. Si no fuere así, nuestro sistema hipotecario tendría tan descomunal fuerza, que echaría por tierra la forma de adquirir la propiedad y los derechos reales del Código civil (título y modo) cosa que está bien claro que nunca se lo propuso. En esto hay que convenir con TIRSO CARRETERO que del sistema latino de la inoponibilidad a la inscripción constitutiva no hay más que un pequeño salto."<sup>356</sup>

Para DE LA RICA Y MARITORENA, "la mayor dificultad con que tropieza la teoría de la dualidad del tercero es la existencia en nuestra legislación hipotecaria, de unos principios opuestos o por lo menos perturbadores para la existencia del tercero latino. Estos principios son: el de tracto sucesivo, el de inscripción en su aspecto técnico - formal, el de legalidad y el de registración por fincas. Todos ellos son desconocidos en los sistemas latinos puros."<sup>357</sup> (Cva. ntra.)

---

478. Pág., 712.

<sup>355</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 710, 714, 719 y 720.

<sup>356</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 718 y 719.

<sup>357</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº

En los sistemas latinos puros no existe el principio de tracto sucesivo. Cada inscripción es autónoma y por tal motivo el tercero es protegido con sólo inscribir su título. En cambio, en el derecho español vigente, las inscripciones están encadenadas entre sí. "Para inscribir un derecho o para anotarlo tiene que estar previamente inscrito o anotado a favor del transferente u otorgante (art. 20)", hasta el punto de que las inscripciones de inmatriculación u originarias son meras excepciones a esta regla general de la previa inscripción. "El propio artículo 205 de la Ley lo demuestra al empezar diciendo: << Serán inscribibles sin necesidad de previa inscripción ... >>". La efectividad del sistema se centra, por consecuencia de este principio, en las inscripciones segundas o posteriores, siendo preciso para que una inscripción goce de las específicas protecciones del mismo, que proceda de otra inscripción anterior. "Sencillo es comprender que este principio no concuerda con la existencia del tercero latino ..." <sup>358</sup>

Respecto del principio de inscripción en su aspecto técnico - formal, (esto es, en cuanto forma del asiento como extracto del título en el que se hacen constar unas circunstancias taxativamente señaladas por la Ley, so pena de nulidad de la inscripción en caso de omisión de alguna de ellas <sup>359</sup>), dice el autor que los sistemas hipotecarios adoptan la forma de inscripción o de transcripción de títulos en función de la importancia que dan al contenido registral [previo, entendemos nosotros]. Los sistemas latinos adoptan la transcripción, mientras que el germánico, de presunción de exactitud del contenido registral previo, adopta la inscripción. "La inscripción, ... es incompatible con la existencia de un tercero que traiga su origen de los sistemas latinos." <sup>360</sup>

Respecto del principio de legalidad, que se hace efectivo en el sistema español mediante la calificación registral, dice DE LA RICA MARITORENA que "... desde el momento en que se reconoce a la inscripción un valor propio, tiene que regir este principio, ya que los títulos que la originan deben hallarse ajustados a las normas objetivas del Derecho, para conseguir de este modo la concordancia del Registro con la realidad jurídica válida."

---

478. Pág., 721.

<sup>358</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº

478. Pág., 722.

<sup>359</sup> Cfr.: Art. 30 LH. vigente.

<sup>360</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº

478. Págs., 722 y 723.

"... En los sistemas latinos no existe el principio de legalidad, al menos en la forma que tiene en el sistema germánico o en el nuestro. Y no existe porque no es necesaria su existencia ya que la labor del Conservador latino se limita a transcribir o archivar copia del título. Y los únicos obstáculos que pueden surgir [a la transcripción] se deberán a los títulos anteriormente transcritos.

Este principio no es propio de los sistemas latinos que lo desconocen, en cambio, preside con todo rigor los sistemas germánicos o similares. El tercero latino y el principio de legalidad son incompatibles." <sup>361</sup>

Respecto a la registración por fincas, indica que se deriva del principio de especialidad y que es un presupuesto obligatorio en el sistema español, tomado del germánico. Cuando, como sucede en el sistema latino, no hay registración por fincas, la única protección que puede concederse al tercero es la del principio de inoponibilidad y sin distinguir entre inscripciones primeras o segundas, puesto que no existen respecto de las fincas. En cambio, en un sistema llevado con esa técnica de registración por fincas es posible presumir la exactitud e integridad del contenido del Registro, pues en éste aparece perfectamente determinado el titular de cada derecho, su contenido y la finca sobre que recae, y se hace preciso diferenciar entre esas dos clases de asientos, primeras inscripciones (que requieren "un cierto procedimiento de comprobación", como dice LACRUZ BERDEJO, de la titularidad del inmatriculante, ya que no existe una inscripción anterior de la que aquél pueda derivar su derecho) y segundas, para otorgar la plena protección a aquellas inscripciones que cumplen todos y cada uno de los presupuestos hipotecarios.

"También este principio [de registración por fincas] es contradictorio con la existencia de un tercero de origen latino." <sup>362</sup>

---

<sup>361</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Pág., 723 y 724.

<sup>362</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Pág. 724. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Pág. 59.

### 1.3. El monismo ecléctico de VALPUESTA FERNÁNDEZ.

Según VALPUESTA FERNÁNDEZ el sistema español respondería en principio al sistema germánico de la fe pública registral. En el Derecho comparado - explica - suele distinguirse entre sistemas que otorgan una posición inatacable a quien adquiere un derecho sobre la base de lo publicado por el registro, pudiéndose "llegar a consolidar una adquisición *a non domino*", protección conocida como germana, y sistemas que otorgan una protección consistente en la inoponibilidad de lo no inscrito, "que resuelve el supuesto de la doble disposición de un derecho por su titular, a favor de aquél que primero inscribe en el Registro". La protección otorgada por estos sistemas se denomina latina. Ahora bien, hay que tener presente que, en rigor, "dichas soluciones se presentan como estereotipos de una regulación más compleja. Dicho esto, *se podría afirmar, en principio, - concluye - que nuestro Derecho registral responde al sistema germanista de fe pública.*" (Cva. ntra.)

Sin embargo, la aplicación del principio de la fe pública presenta algunas dificultades. La principal, "la dicotomía que se aprecia entre los arts. 32 y 34 LH.". Por una lado, el art. 32 *recuerda al sistema latino de inoponibilidad, si bien la norma contenida en el mismo parece redactada en términos más amplios que los de aquel sistema* "ya que no reduce el conflicto [que pretende resolver] al supuesto de doble disposición de un bien o derecho por un mismo titular, sino que proclama, sin más, la inoponibilidad de los títulos no publicados." Por otro lado, el art. 34 LH. refleja "una consecuencia típica de la fe pública, que es la adquisición del derecho por lo publicado en el Registro, *circunscrita*, en este caso, al supuesto de que se *anule o resuelva* el derecho del transmitente." [(Cva. ntra.) SANZ FERNÁNDEZ, en cambio, considera que el ámbito de aplicación del art. 34 es mucho más amplio, pues a los términos "anular" o "resolver", y al término "causas", debe dárseles un sentido *lato* que es el que exigiría el espíritu y la finalidad del precepto. *Vid.: ut infra.*]

"... Estos preceptos han sido interpretados conjuntamente, junto a los arts. 37 y 40 LH., ... como expresión de la fe pública registral", interpretación conocida como tesis monista. Otros, en cambio, separan los ámbitos de aplicación de los dos artículos, considerando que el art. 32 "es una reproducción del efecto de la inoponibilidad", y que el art. 34, recoge el

principio de la fe pública. "El resultado al que se llega con esta interpretación es el de que cada artículo se refiere a un tercero diferente."

VALPUESTA FERNÁNDEZ muestra un cierto recelo hacia la interpretación dualista de los arts. 32 y 34 LH, porque llega al resultado de afirmar la existencia de dos terceros, con distinto tratamiento y nivel de protección, cuando *el conflicto de intereses "en el que están inmersos puede ser similar, aunque no lo sea el supuesto que lo provoca"*. (Cva. ntra.)<sup>363</sup> En el caso del art. 32, el conflicto se produce, fundamentalmente, porque el transmitente ha dispuesto de su derecho en favor de otra persona; en el caso del art. 34, porque el negocio del que trae causa el transmitente es nulo o resoluble. La diferencia de trato entre los terceros de uno y otro precepto, "llama la atención cuando el fundamento último de la protección de uno y otro tercero es el mismo: la publicidad registral y su incidencia en el orden civil.

Si pensamos, por ejemplo, que una persona ha vendido una finca a otra, y que con posterioridad se la ha donado a una tercera, que la inmatricula; conforme al art. 32 [interpretado en forma dualista] este segundo adquirente devendrá propietario, frente al comprador de la misma, *a pesar de ser un adquirente a título gratuito*. Si, por el contrario, el supuesto es otro, la solución puede ser distinta *para el adquirente a título gratuito*, como ocurre en el caso de que un titular registral vende la finca a otra persona, que la inscribe, y ésta, a su vez, se la dona a un tercero que la inscribe igualmente; si, con posterioridad, por falta de pago del comprador se resuelve la compraventa, el donatario pierde la cosa, ya que le falta uno de los requisitos del art. 34, cual es la adquisición a título oneroso.<sup>364</sup> [Cva. ntra.]

<sup>363</sup> El conflicto es siempre *verus dominus* frente a tercer adquirente, o mejor, dada la decisión del legislador de proteger el tráfico, tercer adquirente frente a *verus dominus*, pues con esta frase se reflejaría mejor la posición prevaleciente que el Derecho otorga al tercer adquirente en el conflicto.

<sup>364</sup> Poniendo en relación los arts. 10, 11 y 34 LH, resulta que para que la mera expresión en la inscripción del aplazamiento del pago (art. 10), no perjudique a tercero (arts. 11 y 34), es preciso ser adquirente a título oneroso, de buena fe, de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir. El aplazamiento del pago, por ser una causa de resolución (si hay impago por el comprador), debería perjudicarle al figurar en el Registro (art. 34 *a contrario sensu*). Sin embargo, por ser causa de resolución *no explícita* no le perjudica (art. 37.1º *a contrario sensu* y art. 11 LH). Ahora bien, si falta alguno de los requisitos para ser tercero hipotecario y obtener la protección de la fe pública registral, la falta de pago perjudicará al tercer adquirente, con arreglo al Derecho civil puro. (Art. 1124 CC.)

En la LH. de 16 de diciembre de 1909, la resolución por impago perjudicaba a tercero hipotecario si constaba en la inscripción del transmitente el hecho de haberse aplazado el pago del precio. (Arts. 36 y 38.2º LH. 16 de diciembre de 1909).

Se podría explicar esta diferencia de tratamiento en el distinto papel asignado a cada una de las normas, en el sentido de que la primera, el art. 32, se inserta en el proceso de transmisión de los derechos reales, culminando con la inscripción la plena eficacia del derecho sobre el que se dispone;<sup>365</sup> mientras que el art. 34 resuelve el problema de la apariencia del Registro y su eficacia frente a los que confían en él. Sin embargo, nos parece que esta diferencia de trato obedece, más que a una opción legislativa clara en el sentido expuesto, a un arrastre histórico que se inicia con la Ley de 1861, en la que aparecen ambos artículos. En esa época, todavía, no se había consolidado a nivel legislativo y doctrinal el principio de la fe pública registral, ... [Nosotros consideramos, en cambio, que el principio de fe pública registral había quedado consolidado en el Proyecto de Código Civil de 1851, como intentaremos demostrar más adelante.] Sin embargo, hay indicios de que nuestro sistema registral entonces apuntaba hacia lo que se conocerá más tarde como el sistema alemán, con la implantación del folio real, del tracto sucesivo, o del principio de legalidad, si bien, le separe del mismo algo tan importante como la inscripción constitutiva. Y en este sentido se marca su línea de evolución que culmina con la reforma de 1944". Es decir, VALPUESTA FERNÁNDEZ apuntaría hacia una interpretación histórica semejante a la de COSSIO Y CORRAL, RUBIO GARRIDO y DE LA RICA Y MARITORENA.

Esa diferencia de tratamiento entre los terceros de los arts. 32 y 34, interpretados en clave dualista, se produciría - dice la autora - "porque se combinan dos principios que tienen distintos fundamentos, y encuentran su razón de ser en sistemas coherentes con los efectos que proclaman." La diferencia de tratamiento es tal que "incluso, eventualmente, puede ser que esté menos protegido el que confía en lo publicado en el Registro, que aquél al que el Registro no le ofrece ninguna información, por el simple hecho de inscribir". [Esta misma idea la desarrolla PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, como veremos más adelante en el capítulo de impugnación de la tesis dualista.]

El art. 32, continúa VALPUESTA FERNÁNDEZ, "adquiere todo su significado en un sistema como el francés, que cifra toda la virtualidad del Registro en la inoponibilidad de lo no inscrito, partiendo para ello de la transmisión del dominio y derechos reales por acuerdo

---

<sup>365</sup> Tesis de la inscripción constitutiva de la eficacia *erga omnes* del derecho real.

traslativo. Y tendría sentido mantenerlo en el nuestro si se hubiera concebido el Registro con esta finalidad. Sin embargo, resulta difícil su encaje en un sistema, como el que rige en la actualidad, en el que los derechos se transmiten con la concurrencia del título y el modo, con eficacia *erga omnes*, y en el que el Registro se concibe como garantía de los terceros ... " <sup>366</sup>

Pese a sus recelos hacia la tesis dualista, y sus apreciaciones en pro de la unidad de terceros en los arts. 32 y 34 LH. VALPUESTA FERNÁNDEZ termina haciendo una leve concesión a la corriente dualista en las siguientes palabras:

"Se podría pensar que el art. 32 LH. constituye una versión del art. 1473 CC. sobre la doble venta de bienes inmuebles, en el que parece claro que no se exige la previa inscripción, sí, en cambio, la adquisición a título oneroso y de buena fe. *Si ello fuera así no habría ningún inconveniente en seguir la tesis dualista*, pese a tener que reconocer, entonces, que el art. 32 se convertiría en un artículo innecesario, al ser una repetición de lo dicho en el art. 1473 CC., cuya aplicación requeriría el *esfuerzo añadido* de circunscribir el supuesto normativo al citado art. 1473. [Pues como ella misma ha señalado antes, la redacción del art. 32 LH. incluye otros supuestos diversos de la doble disposición por un mismo originario titular]. Lo que no parece correcto es la excesiva vitalidad que se le concede al art. 32, que lleva a proteger, según algunos autores, al adquirente a título gratuito e, incluso, de mala fe, siendo así que en nuestro ordenamiento es principio general que este grado de protección se le depara al adquirente a título oneroso y de buena fe." <sup>367</sup>

La autora parecería admitir, pues, que en el caso de doble disposición por título de compraventa por un mismo originario titular, adquiere la propiedad el que primero inscribe, siempre que haya adquirido con buena fe. El art. 1473.2º CC estaría así desvinculado de la fe pública registral. En nuestra opinión, VALPUESTA FERNÁNDEZ adolece en este punto de un

<sup>366</sup> Es decir, el principio de inoponibilidad tendría su fundamento y su razón de ser en el marco de un determinado sistema de transmisión del dominio, el sistema de transmisión consensual, por lo que no resultaría aplicable en otros sistemas jurídicos que adoptasen otros principios diferentes para la transmisión del dominio (caso español).

<sup>367</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R. *Efectos de la inscripción.*, en LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M. y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (Coords.). *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. Págs., 878 a 882. Los términos en que se expresa la autora son similares en CLEMENTE MEORO, MARIO (Coord.). *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Págs., 607 a 610.



excesivo apego a la literalidad del párrafo 2º del art. 1473. Llega a las conclusiones apuntadas por no haber dado mayor importancia a los antecedentes históricos, singularmente a los trabajos de redacción del Proyecto de Código Civil de 1851 que examinamos más adelante. Por otro lado, resulta difícil considerar que el art. 32 LH. sea una versión del art. 1473 CC, cuando éste precepto es posterior en el tiempo a la primitiva redacción del art. 32: el art. 23 LH. 1861. Parece más lógico entender que el art. 1473. 2 CC, fue un precepto que aplicaba a un caso concreto (la doble disposición por título de compraventa de un mismo originario titular), la norma más amplia contenida en el entonces art. 23 LH. 1869. En efecto, ya veremos más adelante que las cosas ocurrieron así.

## 2. El monismo puro de SANZ FERNÁNDEZ.

SANZ FERNÁNDEZ explica que la Ley Hipotecaria de 1861 acogió el principio de fe pública con la denominación de principio de publicidad, y lo desarrolló en forma casuística y fragmentaria, preferentemente en su aspecto negativo.<sup>368</sup>

El art. 23 de dicha LH. 1861 fue uno de los preceptos destinados a recoger el aspecto negativo del principio, como protección de terceros frente a los títulos no inscritos.

El aspecto negativo del principio de fe pública fue recogido también en otros preceptos:

- En el art. 34, como protección de terceros contra la nulidad o falsedad de títulos inscritos.<sup>369</sup>
- En los arts. 36 a 41, como protección de terceros contra acciones rescisorias o resolutorias ejercitables contra titulares anteriores.
- En los arts. 97 y 99, como protección de terceros frente a derechos cancelados.
- En el art. 31, como protección de terceros contra la nulidad formal de los asientos.
- Y en el art. 264, como protección de terceros contra errores de los asientos.

---

<sup>368</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 374.

<sup>369</sup> Ver a este respecto lo que decimos más adelante en:

El aspecto positivo del principio, pese a la menor atención prestada al mismo, se recogió de una doble forma; ello "aparte de que conceptualmente es muy difícil distinguir uno y otro de un modo absoluto, hasta el punto de que generalmente, en los preceptos que se citan como manifestación de alguno de ellos [entiéndase, de dichos aspectos positivo y negativo del principio de fe pública], su clasificación depende más de la redacción que de la orientación misma del precepto." Esa doble forma en que se recogió el aspecto positivo del principio de fe publica fue:

a. Como eficacia de los asientos frente a tercero (lo inscrito perjudica a tercero). Se recogió de modo general en el art. 25, "y de un modo especial en cuanto a las menciones (art. 29) y a las acciones rescisorias y resolutorias derivadas de causas que constaren en el Registro (art. 37, número 1º)".

b. Como subsistencia de los derechos inscritos en beneficio del tercero (arts. 77 y 156).<sup>370</sup>

El art. 34 LH. 1861, por su parte, "respondía con bastante exactitud al principio de la fe pública, recogiendo las dos proposiciones fundamentales de ésta: ineficacia de lo no inscrito frente a tercero [aspecto negativo del principio] y eficacia de los títulos inscritos [aspecto positivo del principio].

El primer aspecto era *desarrollo* del art. 23 (hoy 32), referido a supuestos de nulidad o resolución del derecho del transferente ... " <sup>371</sup> (Negr. y cva. ntras.) Para SANZ existía, pues, una clara conexión entre los arts. 23 y 34 LH. 1861.

La protección dispensada por la fe pública registral no se extendía a cualquier titular inscrito sino sólo al *tercero*. O de otro modo, la determinación de quién fuese el sujeto protegido por la fe pública lo hizo la Ley Hipotecaria de 1861 acudiendo al concepto de

<sup>370</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 375 a 377.

<sup>371</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 391.

*tercero*, cuya definición se contenía en el art. 27 de la Ley. En su espíritu "era, pues, *tercero*, el titular inscrito protegido por la fe pública registral."<sup>372</sup> (Cva. ntra.)

La gran vaguedad de los términos en que el tercero era definido por el art. 27, "difíciles de armonizar con la generalidad de los preceptos en que se hacía alusión o referencia a terceros" ocasionó una gran desorientación en la doctrina científica, con la que pretendieron terminar la Leyes Hipotecarias de 1944 y 1946, mediante una labor de simplificación.<sup>373</sup>

Dicha labor de simplificación ha consistido, por un lado, en precisar a quién se refiere la Ley al utilizar el término *tercero*, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944. Por otro lado, en una unificación del "... sentido y alcance de las referencias a tercero que se contienen en la Ley, *para designar siempre al tercero protegido por el art. 34.* Es excepción, sin embargo, el art. 313, en el cual la palabra tercero tiene un alcance diferente." (Cva. ntra.). En tercer lugar, se ha determinado con exactitud "el ámbito registral en que se mueve el tercero", que es el folio registral abierto a la finca. Lo que no conste en dicho folio, aunque figure en otro, referente a otra finca, no surte efecto contra él. (Art. 13 LH.).<sup>374</sup> Por el contrario, los títulos que figuren en el folio registral correspondiente abierto a la finca, siempre que lo hagan "en la forma hipotecaria correspondiente a su naturaleza", perjudican al tercero. Si esta última condición no se cumple, no le afectan. "Por ello el art. 29 niega los efectos de la fe pública registral a las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada."<sup>375</sup> Finalmente, por medio de una labor de corrección y refundición de preceptos anteriores, se ha centrado en el art. 34 LH. la expresión más general y amplia del principio de fe pública. Este artículo es la regla jurídica fundamental de protección de terceros "de la cual son meras aplicaciones los diversos artículos en que se desarrollan aspectos concretos de la misma", como el art. 32 LH. [Así, ROCA

<sup>372</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 374 y 415.

<sup>373</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 415 y 417.

<sup>374</sup> Por ejemplo, una servidumbre que figure en el predio dominante como cualidad del mismo y que, sin embargo, no figure como gravamen en el folio del predio sirviente, no perjudica al comprador del predio sirviente que sea tercero del art. 34 LH.

<sup>375</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 380 y 381.

SASTRE, ROCA - SASTRE MUNCUNILL y SANZ FERNÁNDEZ vendrían a coincidir en la importancia que otorgan al art. 34 LH. como precepto en el que se formula ampliamente el principio de fe pública registral]. La labor de refundición fue, sin embargo, incompleta, porque no se retocó en 1946 el art. 34 de modo que entraran en él todos los supuestos de protección del tercero.<sup>376</sup>

Actualmente, la fe pública registral se halla formulada del siguiente modo:

Su aspecto positivo (exactitud del registro) se manifiesta como adquisición del derecho por el tercero (art. 34), como subsistencia de los derechos inscritos en beneficio del tercero (art. 76) y como eficacia frente a tercero de las acciones rescisorias y resolutorias cuyas causas consten en el Registro (art. 37.1), y de los títulos inscritos (art. 32 *a contrario sensu*).

Su aspecto negativo se manifiesta como:

- protección del tercero frente a los derechos reales procedentes de títulos no inscritos (art. 32) y frente a los derechos reales inscritos en forma improcedente, en folio distinto al correspondiente (art. 13), o por medio de mención, siendo susceptibles de inscripción separada y especial (art. 29). Antes, en la LH. 1861, los derechos mencionados le perjudicaban, pero no ahora.
- protección del tercero contra las acciones de nulidad (nulidad absoluta o anulabilidad), rescisión, resolución, y revocación (art. 37) que deriven de causas que no consten *expresamente* en el Registro.
- protección del tercero frente a la falsedad de títulos anteriormente inscritos.
- protección del tercero frente a la nulidad formal de los asientos (art. 31 LH.)
- protección del tercero frente a los errores del Registro (art. 220).
- protección del tercero frente a la inexactitud derivada de asientos anteriores (art. 40 *in fine*). Este caso recoge *todos los supuestos* respecto de los cuales el tercero

---

<sup>376</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 401 y 402.

es protegido por la fe pública, "como lo demuestra el propio art. 40" al enumerarlos. "Quizá por ello hubiera sido deseable que se hubiera refundido este párrafo final del art. 40 con el art. 34, sustituyendo la referencia a que se anule o resuelva el derecho del otorgante, por la de que se demostrara la inexactitud anterior del Registro. Como quiera que la fe pública protege al tercer adquirente contra dicha inexactitud la fusión hubiera dado una redacción exacta a dicho precepto y hubiera permitido fácilmente la supresión de todas las demás aplicaciones particulares que prodiga ... [la ] ... Ley en preceptos separados."<sup>377</sup> <sup>378</sup>

"Resulta, pues, que la ley Hipotecaria, siguiendo el criterio que más se había generalizado en la doctrina, lleva el concepto de tercero al art. 34 y formula una suerte de definición en su preámbulo [Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1944] sobre la base del mismo artículo. Más como en éste no se hace otra cosa que determinar a quién protege la fe pública, podemos decir que el concepto legal de tercero es el siguiente: << Es tercero el titular inscrito protegido por la fe pública registral. >>".<sup>379</sup>

Con ello no creamos un concepto nuevo de *tercero*, concepto jurídico realmente formado en el Derecho civil (en forma relativa, con referencia a un acto o contrato, y negativa: es tercero el que no es parte en tal acto o contrato) sino que simplemente precisamos a quién

<sup>377</sup> Si bien la Ley no presenta tal fusión deseada por SANZ FERNÁNDEZ, el T. S. la realiza implícitamente en STS. de 19 de octubre de 1998. (RJA. 1998/8072), en su fundamento de derecho 4º. Alegaba el recurrente que la sentencia de la Audiencia infringía el art. 34 LH. porque tal precepto solamente desplegaba su eficacia protectora en favor del tercer adquirente, si *después* de su adquisición se anulaba o resolvía el derecho del transmitente por virtud de causas que no constasen en el Registro, pero no desplegaba su eficacia si dicha nulidad se había producido *con anterioridad* al acto adquisitivo del tercero, lo que había ocurrido en el caso de autos. *El T.S. desestima que se haya producido tal infracción del art. 34 LH. "ya que la fe pública registral despliega su eficacia protectora en favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrata confiando en lo que publica el Registro, aunque éste sea inexacto, por lo que el hecho de que la subasta (acto adquisitivo del transferente ...) hubiera sido declarada nula antes de que los terceros ... adquirieran el piso (mediante escritura pública de compraventa de fecha 2 de junio de 1989), no puede afectar en modo alguno a dichos terceros adquirentes, los cuales desconocían en absoluto la referida declaración de nulidad (nada se ha probado en contrario), la cual, obviamente, no constaba en el Registro, pero es que incluso el transmitente ... (rematante en la subasta) que no había sido parte en el procedimiento judicial sumario en que tal subasta se celebró, también desconocía (cuando vendió el piso ... mediante escritura pública de fecha 2 de junio de 1989) la expresada declaración de nulidad de la referida subasta, pues el auto declaratorio de la misma no le fue notificado hasta el día 29 de junio de 1989 ..." (Cva. ntra.)*

<sup>378</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 378 y 379 y 411 a 414.

<sup>379</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 418.

se refiere la ley Hipotecaria al hablar de *tercero*. Para la Ley Hipotecaria, "la palabra tercero es una expresión abreviada y convencional con la cual se designa al titular inscrito protegido por la fe pública registral."<sup>380</sup>

Están protegidos por la fe pública registral, los adquirentes del dominio u otro derecho real, según Registro, que hayan procedido de buena fe. La adquisición según Registro implica previa inscripción a favor del transferente e inscripción del título del adquirente. La adquisición ha de ser derivativa. Resultan, pues, los siguientes requisitos de protección, requisitos para ser *tercero*:

1. Adquisición derivativa del derecho, por negocio jurídico a título oneroso.
2. Inscripción previa del transmitente.
3. Inscripción del adquirente.
4. Buena fe del tercer adquirente.<sup>381</sup>

La inscripción previa del transmitente es un requisito *subjetivo* (del sujeto), para que el tercer adquirente inscrito goce de la protección de la fe pública y un requisito *objetivo*, para la aplicación del principio de fe pública registral.

SANZ determina el ámbito de la fe pública o campo de aplicación de la fe pública desde tres puntos de vista: subjetivo, o titulares protegidos por la fe pública, que son los que reúnen los requisitos del art. 34 LH., y a los que con expresión abreviada y convencional denomina la Ley Hipotecaria *terceros*; registral o formal (relativo al ámbito de actuación de la fe pública dentro del Registro, que es el folio registral abierto a la finca) y objetivo, punto de vista que hace referencia a los requisitos de aplicación de la fe pública y al contenido de ésta (protección que dispensa). Son requisitos de aplicación de la fe pública, para el autor, la inscripción a favor del transferente; la adquisición derivativa del derecho y la inscripción a favor del

---

<sup>380</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 418 a 422.

<sup>381</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 424.

adquirente, es decir, los mismos que determinan el sujeto protegido por la fe pública, salvo el requisito de la buena fe.

"La necesidad de la previa inscripción del transferente [tanto para la aplicación del principio como para ser sujeto protegido por la fe pública] se recoge expresamente por el art. 34 al exigir que el acto o contrato se haya otorgado por quien en el Registro aparezca con facultades para ello.

Este requisito deriva de la fuerza legitimadora de la inscripción, que, ..., atribuye al titular inscrito facultad para disponer válidamente del derecho, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no con el Registro. ..."<sup>382</sup> Los asientos de inmatriculación, al carecer precisamente del soporte de la previa legitimación registral no pueden ser objeto de la protección de la fe pública, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su fecha, y si son discordantes con la realidad jurídica pueden ser rectificados a petición del verdadero titular, en cualquier tiempo, a menos que el titular del asiento haya adquirido el derecho por usucapión.<sup>383</sup>

Es decir, para SANZ, la base de la institución registral y de la protección que otorga, subsanando la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, *es la legitimación para el tráfico o facultad de disponer válidamente conforme al Registro* que la mera titularidad formal o del libro confiere a la persona inscrita, sobre la base única y exclusiva de aparecer como titular registral del derecho. Porque el titular registral está facultado para disponer válidamente conforme al Registro, es por lo que puede ser indiferente el principio *nemo dat quod non habet*, y por lo que puede producirse una rectificación de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejaban, y una adquisición perfecta e inatacable para el tercero. Mas si tal legitimación dispositiva falta, por faltar la inscripción del transferente, cobrará vigor la regla *nemo dat quod non habet*, y no se podrá efectuar un acto de disposición eficaz sin ser dueño. El inmatriculante que celebró un negocio jurídico de disposición con quien no era dueño, no habrá adquirido civilmente, *y no podrá convalidar el*

<sup>382</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 381 y 382.

<sup>383</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 381 a 383.

*defecto de titularidad de su transmitente por medio de la institución registral, al no ostentar aquél la legitimación para disponer válida y eficazmente que le hubiera otorgado la previa inscripción de su derecho.*<sup>384</sup>

La postura monista de SANZ queda especialmente manifestada, aparte de lo dicho, en su afirmación de la inutilidad del vigente art. 32 LH., y de que por el art. 34 LH. se llega al mismo resultado que por el art. 32, estando realmente absorbido este precepto por aquél.

Explica SANZ que antes de la reforma de 1944, el art. 34.1º LH. repetía de un modo innecesario la doctrina del art. 23. "La Ley de 1944 suprimió la referencia a títulos no inscritos, para limitarse a hablar de causas que no constaren en el Registro", lo que también hace el vigente art. 34 LH.. Para el autor *"sólo una superficial consideración del sentido de esta palabra causas, ... [puede] ... llevar a echar de menos la referencia a títulos anteriores, ya que precisamente una de esas causas que no constan en el Registro es precisamente el título no inscrito."*

<sup>384</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 317, 318, 319 y 368 a 370. Para el autor, parecería que el fundamento de la fe pública registral radica en una legitimación de disponer válida y eficazmente, otorgada al titular registral sobre la base de su título inscrito, opinión que no compartimos, por entender, como ya dijimos, que el principio de legitimación registral no atribuye ningún poder dispositivo del derecho inscrito al titular registral, y que el fundamento de la protección dispensada por la fe pública registral radica en la *buena fe* del que adquiere confiado en lo que el Registro publica, como señalan ROCA SASTRE, ROCA - SASTRE MUNCUNILL, VALLET DE GOYTISOLO y GÓMEZ - ACEBO. (GÓMEZ - ACEBO. *La buena y la mala fe en el Código Civil*. RDP., 1952. Pág. 224. (Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. Nº 603. Pág. 621). Para CHICO Y ORTIZ, la justificación de la adquisición *a non domino* radica en el principio de seguridad jurídica. (CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, 1994. Nº 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Pág. 2225.

No sólo SANZ FERNÁNDEZ considera que es un efecto sustantivo del principio de legitimación registral, el otorgamiento al titular registral de una legitimación dispositiva, fundamento, a su vez de la fe pública registral. También lo entiende así GÓMEZ GÁLLIGO, para quien uno de los efectos sustantivos del principio de legitimación registral consiste precisamente en atribuir "al titular registral *un poder dispositivo sobre el derecho inscrito*". Es un poder de disposición del derecho derivado del propio asiento, en la medida que no se subordina a que el titular registral sea verdadero titular del derecho dispuesto. Esta legitimación dispositiva hace que el que adquiera de buena fe del titular registral no le van a afectar las cargas u otros títulos de propiedad no inscritos (cfr., art. 1473 CC y 32 LH.) y que realmente será propietario del derecho adquirido, aunque luego se resuelva el título del transferente por causas que no consten en el Registro, siempre que adquiera a título oneroso, de buena fe e inscriba su propio título (cfr. art. 34 LH.)". (GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER *Acciones registrales en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Nº 83, Marzo - abril, 1999. Pág., 380. Conferencia pronunciada el 27 de abril de 1999 en la sede de Fomento de Trabajo Nacional (Barcelona) en el ciclo de conferencias sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil)



Supongamos - ejemplifica - que el titular inscrito vende su finca a otra persona que no inscribe su título. Muerto aquél, sus herederos inscriben la finca a su favor y constituyen una hipoteca a favor de otra persona. Si el dueño no inscrito reivindica la finca de los herederos, es evidente que se anula o resuelve (usando estas palabras en sentido muy amplio, que es el que indudablemente le da el art. 34) el derecho del hipotecante; pero esto no afectará al acreedor hipotecario, ya que tiene lugar en virtud de una causa - la venta del primer titular - no inscrita o que no consta en el Registro.

Es decir, que por el art. 34 se llega al mismo resultado que por el art. 32 ... La amplitud dada ... [al] ... principio [de fe pública registral] en la última reforma de 1944 - 46 ha hecho perder mucha de su primitiva importancia a la que en otros tiempos fué la regla eje de todo el sistema hipotecario", la regla de que los derechos no inscritos no perjudican a tercero.<sup>385</sup> (Cva. y negr. ntras.)

### **3. Postura monista que da una mayor importancia al art. 32 que al art. 34 en relación al principio de fe pública registral y en cuanto a la producción de adquisiciones *a non domino* por su aplicación.**

En su trabajo "*El Derecho Inmobiliario Español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad*", MARIANO HERMIDA LINARES sostiene, aunque no sea ésta la finalidad del dicho trabajo, una postura monista en torno a los artículos 32 y 34 LH.:

A ambos artículos (y al art. 1473 CC.) los enmarca en el *principio de publicidad*, denominación que considera más correcta que la de principio de fe pública; llega a considerar más importante en relación con dicho principio al artículo 32 LH., [en contra de ROCA SASTRE, ROCA - SASTRE MUNCUNILL y SANZ FERNÁNDEZ] y en ambos artículos 32 y 34 LH. ve producirse adquisiciones *a non domino*, *mayormente incluso en el art. 32 que en el art. 34*, donde sólo las aprecia en el caso de nulidad del derecho del transmitente, más no en el caso de anulabilidad o resolución del derecho del mismo, casos en los que - dice - puede adquirirse del dueño.

---

<sup>385</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 411 y 412.

Todas estas ideas en torno a las relaciones de los artículos 1473 CC. y 32 y 34 LH. pueden verse expresa o implícitamente reflejadas en estas palabras suyas:

" ... *El art. 34 no encierra todo el principio de publicidad [o fe pública registral], ni es siquiera el más importante en lo que se refiere a ese principio.* [Cva. ntra.] Pero es que, además, no se dan normalmente en él las adquisiciones *a non domino* ... [efecto que produce la aplicación del principio de publicidad en todos los casos en que el transmitente no sea dueño]. Este artículo reglamenta las adquisiciones *a vero domino*, cuando la adquisición de éste está sujeta a una acción de resolución o anulabilidad. Sólo en el caso de nulidad propiamente dicha hay adquisición *a non domino*. Pero hay otros muchos casos de adquisiciones *a non domino* no incluidos en el artículo 34 de la Ley.

Las adquisiciones *a non domino* están comprendidas en la amplia redacción de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. El perjuicio que un título [anterior] puede causar a otro [posterior] es impedirle la adquisición del derecho <sup>386</sup> por el principio romano de *prior tempore potior jure*, y precisamente [tal perjuicio] es lo que impiden esos artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria [los títulos no inscritos no perjudican a tercero].<sup>387</sup> Y aquí se pueden dar, y se dan frecuentemente, las adquisiciones *a non domino*, aunque el texto de esos artículos comprenda otros efectos que no son las adquisiciones *a non domino* ... <sup>388</sup>

<sup>386</sup> Si los títulos son totalmente incompatibles. Si no son totalmente incompatibles, el "perjuicio" que el título anterior causará civilmente al título posterior consistirá en tenerse que adquirir el derecho real transmitido o constituido por medio de éste último, sujeto a una carga. (HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, 1966. Nº 457. Pág., 1496.)

<sup>387</sup> Explica el autor que en el Derecho romano, como consecuencia del principio de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente para la validez de las transmisiones (o principio de que nadie da lo que no tiene), se formulaba otro principio consistente en que el primero en el tiempo es el primero en el derecho, es decir que si una persona transmite un derecho a dos ó mas, *sólo lo adquiere la primera*. Ambos dos principios se conservan en el Derecho español y regirían en todo caso si no se vieran limitados por la actuación del principio de publicidad o fe pública registral. En este sentido, el art. 32 LH., con la regla que sienta, impide que el título de dominio u otro derecho real anterior, pueda "estorbar" la adquisición de un derecho (o la adquisición como libre de cargas) por el que contrató *posteriormente* con el titular registral, (es decir, amparado en el principio de publicidad), y viene a poner una excepción al citado principio romano *prior tempore potior jure*. (HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad*. RCDI, 1951. Nº 280, Págs., 648 y 651.)

<sup>388</sup> Por ejemplo, cabe adquirir "*a domino*" un derecho de usufructo y *no ser perjudicado* por una servidumbre no aparente, constituida con anterioridad al usufructo y no inscrita, por virtud del mismo art. 32 LH.. Así, por ejemplo, un usufructuario que adquirió *a domino* del *verus dominus* titular registral, puede

El artículo 1473 del Código civil hace una aplicación práctica de ese principio de publicidad al caso de doble venta diciendo que si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro. Es el mismo principio de publicidad de los arts. 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria aplicado a la compraventa. Siempre que se enfrentan dos adquisiciones, una inscrita y otra no inscrita, vence la inscrita, *si está amparada en el expresado principio de publicidad*<sup>389 390</sup>(Cva. ntra.)

Sentado que los arts. 32 y 34 LH. y 1473 y 606 CC. responden al mismo principio de publicidad, resta señalar qué inscripciones están amparadas por dicho principio. El mismo HERMIDA LINARES nos da la respuesta.

No toda inscripción - explica el autor - está protegida por el principio de publicidad. Para que el principio de publicidad sea aplicable, ampare la inscripción, y se produzca, en caso de falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, una adquisición *a non domino*, es preciso que el transmitente tenga inscrito el derecho en su favor. Este principio,

*desconocer una servidumbre de paso que no presente signo exterior de su existencia, y que hubiese sido establecida anteriormente, con carácter voluntario, por el propietario del fundo objeto del posterior usufructo, en favor de un predio dominante de características diversas a las señaladas en el art. 564 CC..* (Es necesaria esta última condición, porque como dice MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ, [MARTÍN - BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral ...*, Op. cit., Pág., 589] la servidumbre de paso del art. 564 CC. es una excepción al aspecto negativo del principio de fe pública registral, por lo que si estuviésemos hablando de un predio dominante *enclavado entre otros fundos ajenos y sin salida alguna a camino público* la servidumbre de paso, aún no inscrita en el Registro, perjudicaría al usufructuario del predio sirviente.)

No obstante, en nuestro ejemplo, podría considerarse que el usufructuario realiza una cierta adquisición *a non domino*: la de la libertad o no gravamen de su propio derecho de disfrute de un bien ajeno, (art. 467 CC.); disfrute que, en puridad, *estando gravado el disfrute del dueño por una servidumbre*, (arts. 348 y 530, 531, 543, 545 y 594 CC.) debería ser adquirido por él *como gravado*, en aplicación de las reglas que rigen las adquisiciones derivativas, *si no operase el art. 32 LH.* Vistas así las cosas, el ejemplo no nos serviría como muestra de otros efectos que producen los artículos 32 LH. y 606 CC. diversos de la *adquisición a non domino*. Más preciso sería entonces el ejemplo de dos derechos reales limitados compatibles, adquiridos de un mismo dueño titular registral, uno inscrito y otro no inscrito. Este derecho no inscrito, pese a ser anterior en el tiempo *perdería su rango preferente sobre aquél, posterior en el tiempo, no pudiendo perjudicarle en virtud de la actuación del art. 32 LH. en favor del titular del derecho inscrito.*

También habría que recordar que el art. 32 LH. produce el efecto de *no afección* de cargas, gravámenes y limitaciones de tipo negativo no inscritas; de derechos personales inscribibles no inscritos y de Estatutos de Propiedad Horizontal no inscritos. (Cfr. : *ut supra*, epígrafe V.5)

<sup>389</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español*. ... Nº 281. Op. cit., Págs., 723 y 724.

<sup>390</sup> En: HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, 1966. N.º 457. Pág., 1453, el autor insiste en afirmar que *el art. 1473 CC. es una consecuencia del artículo 32 LH. y ambos del principio de fe pública registral.*

*por lo tanto, no juega en las inscripciones primeras o de inmatriculación, respecto de las cuales, el titular no inscrito que recibió tradición puede obtener su nulidad y cancelación.*<sup>391</sup>

" ... La historia de cada finca ha de tener un principio, ha de haber una primera inscripción, y el que realiza a su favor esa primera inscripción no adquiere del titular según el Registro, puesto que no había ninguno. Es decir, las inscripciones primeras o de inmatriculación no pueden estar protegidas por el principio de publicidad [puesto que inician dicha publicidad registral, y les falta el mencionado requisito de previa inscripción del derecho del transmitente]. A su vez, los adquirentes a título gratuito no gozan de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente ... [es necesario para la protección por el principio de publicidad, la adquisición a título oneroso <sup>392</sup>]. Por otra parte, es necesario buena fe en el adquirente. ***La Moral reprueba siempre la mala fe, y el Derecho no debe sancionar nada reprobado por la Moral***". (Cva. y negr. ntras.)<sup>393</sup> Está amparada, pues, por el principio de publicidad, encerrado en los arts. 32 y 34 LH. y 606 y 1473 CC., la inscripción de quien ha adquirido un derecho real del titular según Registro, a título oneroso y con buena fe.

Junto a estas consideraciones sobre los arts. 32 y 34 LH., es interesante destacar que, en contra de los partidarios del carácter cuasi - constitutivo de la inscripción o de la inscripción constitutiva en cuanto a tercero, HERMIDA LINARES sostiene que *sólo será constitutiva la inscripción amparada por el principio de publicidad*. Entonces, la inscripción "será una forma de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles de categoría superior y preferente a la tradición", a la cual deja sin efecto alguno en cuanto la inscripción se pone en contradicción con ella (artículos 606 y 1473 CC., y 32 y 13 LH.)<sup>394</sup> Por el contrario, la inscripción que no esté amparada por dicho

<sup>391</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español*. ... Nº 280. *Op. cit.*, Págs., 655 y 656.

<sup>392</sup> *Ibidem*. Pág., 651.

<sup>393</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español*. ... *Op. cit.*, Nº 281, Pág., 729.

<sup>394</sup> Para el autor la inscripción amparada en el principio de publicidad, o mejor, el principio de publicidad es un *modo de adquirir*. Esta forma de adquirir, dice, prevalece sobre cualquier otra. (HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español*. ... *Op. cit.*, Nº 281, Págs., 729 y 730). En el Derecho Inmobiliario español existirían dos categorías de modos de adquirir la propiedad: una categoría superior consistente en las inscripciones hechas al amparo del principio de fe pública registral, y una categoría inferior consistente en la tradición. Categoría ésta inferior porque en caso de enfrentarse tradición e inscripción amparada por la fe pública vencería siempre ésta sin excepción alguna. (HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, 1966. Nº 457. Págs., 1487 y 1488.)

principio de publicidad, como la de inmatriculación o la de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, *no será modo de adquirir ni dejará sin efecto a la tradición.*<sup>395</sup>

#### 4. El monismo ambiguo de URIARTE BERASÁTEGUI.

Para URIARTE BERASÁTEGUI, el sistema español, creado por los primitivos legisladores hipotecarios, se caracteriza, entre otras cosas, por un "respeto absoluto a la vida civil extrarregistral," de lo que se deduce que "no hay más realidad y vida jurídica de las titularidades reales que la civil, única que provoca, en cualquiera de las formas que admite, la transmisión trascendente de las mismas, que por ser trascendente y para serlo ha de ser general o para todos. Pero esta realidad general o para todos, no puede imponerse como tal en perjuicio del titular que protege el sistema registral ....

Lograda la posición de *titular registral derivado, oneroso y de buena fe (tercero)*, el sistema le protege decretando que no le pueda perjudicar la realidad civil no registrada, que sigue siendo única realidad, limitada no obstante por quedar inoperante en todo aquello que pueda perjudicar la ficticia inscrita. Confiere a ésta una presunción de realidad de *juris et de jure* en cuanto a la preexistencia [de la titularidad] en el titular de que derivó. Presunción que, pese a ser de *juris et de jure*, no es absoluta sino dentro de los señalados límites de protección particular (art. 23).

Por lo tanto, no podrán inscribirse en su perjuicio, posteriormente a la inscripción protegida derivada, aquellos títulos civiles anteriores otorgados válidamente *por el mismo titular inscrito de que se derivó la protegida*. Pero sí los que no la perjudiquen (artículo 17).

No podrán ejercitarse en su perjuicio acciones de nulidad, rescisión o resolución de aquellos títulos anteriores, de que derivó su inscripción. Pero sí en cuanto no la perjudiquen (arts. 34 y 36).

Sólo se logra la posición de titular protegido mediante a que el transmitente sea titular registral anterior. Sólo de éste podrá derivarse otra inscripción (art. 20)

<sup>395</sup>

HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español. ... Op. cit.*, N° 281. Págs., 728 a 730.

En lo demás, la transmisión derivada inscrita queda sujeta a las contingencias de sus propios vicios internos y externos (artículo 33).<sup>396</sup> (Cva. ntra.).

Para el autor, por lo tanto, está claro que sólo hay un tercero protegido por el sistema registral español que es el *titular registral derivado, oneroso y de buena fe*. Ahora bien, las dudas en cuanto a su posición monista, nos surgen por la cita que, del art. 20 LH., hace al indicar *cómo se logra la posición de titular protegido*. Lo correcto hubiera sido citar los arts. 34, 40, o 69 LH. donde la posición de titular protegido por el sistema registral se supedita a la adquisición del derecho real de persona que, en el momento de celebrar el negocio jurídico dispositivo inter vivos, aparezca en el Registro con facultades para transmitir. Sin embargo, la cita del art. 20 LH. podría dar lugar a pensar que el autor supedita la obtención de la posición de titular registral derivado, a un simple cumplimiento del requisito formal del tracto sucesivo, posición doctrinal que lleva inexorablemente a quien la defienda hacia el campo dualista.

Por lo tanto, como la frase "Sólo se logra la posición de titular protegido mediante a que el transmitente sea titular registral anterior. Sólo de éste podrá derivarse otra inscripción (art. 20)", no es del todo precisa a los efectos de definir al sujeto protegido por el sistema registral, ya que no se aclara *cuándo* deba ser titular registral anterior el transmitente, hemos optado por clasificar como *monismo ambiguo* la posición doctrinal de URIARTE BERASÁTEGUI.

## VII. RECAPITULACIÓN.

Llegados a este punto, conviene destacar que, como de la exposición hecha de las tesis dualista y monista en torno al tercero del art. 32 LH. se desprende, las posiciones doctrinales no son uniformes en uno y otro campo, divergiendo los autores en este o aquel extremo. No obstante, pueden simplificarse las dos posturas doctrinales que contienden entre sí, definiendo el monismo hipotecario como la doctrina que considera que el sistema registral español dispensa una protección especial a único sujeto, tercero hipotecario, que es aquel tercer adquirente de un derecho real inmobiliario, a título oneroso y de buena fe, de persona que aparecía con facultades para transmitir en el Registro. Diferentemente, el dualismo hipotecario

<sup>396</sup> URIARTE BERASÁTEGUI. *Revisión de ideas*. RCDI., 1950. Nº 262, Págs., 162, 164 y 165.

podría definirse como aquella doctrina que considera que el sistema registral español contiene en sí dos sistemas de protección de terceros adquirentes, uno de tipo latino, para el caso de conflicto de títulos, y otro de tipo germánico para el caso de nulidad o resolución del derecho del transmitente, siendo preciso para acogerse a aquél sistema, haber sido el primero en inscribir, y siendo preciso para acogerse a este otro sistema, reunir los requisitos del art. 34 LH.. Para el monismo, el tercero del art. 32 LH. es el único tercero protegido por el sistema registral español, mientras que para el dualismo, el tercero del art. 32 LH. es el tercero acogido al sistema latino de protección por la prioridad en inscribir. *Si está en lo cierto una u otra posición doctrinal es lo que procuraremos desentrañar en el Capítulo III, si bien ya hemos ido anticipando argumentos y críticas en favor de la tesis monista que es la que consideramos acorde con la mens legislatoris y más conveniente a la hora de aplicar la Ley Hipotecaria a las relaciones jurídicas.*

## CAPÍTULO TERCERO

### DEFENSA DE UNA TESIS MONISTA EN LAS RELACIONES ENTRE LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.

SUMARIO. I. MÉTODO EMPLEADO PARA LA CONCLUSIÓN DE LA TESIS QUE SOSTENEMOS: LA INDAGACIÓN DE LA MENS LEGISLATORIS CON ARREGLO A LOS CRITERIOS O MEDIOS INTERPRETATIVOS QUE OFRECE LA TRADICIÓN JURÍDICA, LA DOCTRINA Y EL ART. 3.1 CC.. II.- ESCLARECIMIENTO DEL SENTIDO DEL TÉRMINO TERCERO EN EL ART. 32 LH. MEDIANTE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DE ESTE PRECEPTO.- 1. La aparición del *tercero* del futuro art. 32 LH. en los trabajos legislativos anteriores a 1855. Demostración de que ese tercero era un adquirente del propietario según Registro y de la inspiración germánica de tales trabajos, sobre la base de la documentación que, de los mismos, se conserva en el Archivo de la Comisión General de Codificación. - 2. Demostración de que la finalidad del legislador, desde 1861, fue la de otorgar una especial protección a un único sujeto, tercero hipotecario o registral, reputando por tal al que adquiriría de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir. - 3. Demostración de que, tanto el art. 23, como el art. 34 LH. de 1861, fueron inicialmente objeto de polémica. - 4. Demostración de que tanto el art. 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, como el art. 23 de la misma, tuvieron un plazo de suspensión inicial de un año, a contar desde la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, plazo que fue objeto de sucesivas prórrogas, en forma paralela, por idénticas normas, hasta el 31 de diciembre de 1874. - 5. Demostración de que el pensamiento del legislador de 1861 era favorable a que todo adquirente de derechos reales inmobiliarios procediese de un titular previamente inscrito; del carácter transitorio y excepcional con que se concibió la posibilidad de inscribir títulos sin que estuviese previamente inscrito el derecho del transmitente y de la existencia, en el mismo instante de entrada en vigor de la LH de 1861, de terceros causahabientes de titulares registrales anteriores.- 5.1. Demostración de que el



pensamiento del legislador de 1861 era favorable a que todo adquirente de derechos reales inmobiliarios procediese de un titular previamente inscrito. - 5.2. Demostración del carácter transitorio y excepcional con que se concibió la posibilidad de inscribir títulos sin que estuviese previamente inscrito el derecho del transmitente (GIMÉNEZ ROIG; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS). - 5.3. Demostración de la existencia, en el mismo instante de entrada en vigor de la LH. de 1861, de terceros causahabientes de titulares registrales anteriores. - 6. Demostración de la conexión entre los artículos 23 y 34 de la LH. 1861 por virtud de la expresión "título anterior no inscrito" contenida en éste último (BARRACHINA Y PASTOR Y SANZ FERNÁNDEZ) y de que la reforma incorporada en 1869 en el art. 23 de la LH., lo vincula estrechamente con el art. 34. - 7. Demostración de que la reforma de 1877 efectuada en el art. 34 LH. no tuvo por objeto diferenciar los terceros de los artículos. 23 y 34 LH. sino un fin bien distinto. - 8. Demostración de que en el sentir doctrinal de la generalidad de los autores, la Ley Hipotecaria contemplaba un único tercero registral: el adquirente de un derecho real, por negocio jurídico inscrito, de una persona que en el Registro figuraba con facultades para transmitir.- 8.1. Doctrina científica coetánea a la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y a la Ley de reforma de aquélla de 21 de diciembre de 1869: CANALES E IBÁÑEZ; PÉREZ PEDRERO Y SIDRO SURGA; SOLER Y CASTELLÓ; GALINDO DE VERA Y ESCOSURA ESCOSURA Y CALDERÓN NEIRA. - 8.2. Doctrina científica coetánea a la nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, elaborada a raíz de la Ley de reforma hipotecaria de 21 de abril de 1909. BARRACHINA Y PASTOR; MORELL Y TERRY; BERAUD Y LEZÓN Y CAMPUZANO Y HORMA.- 8.3. Recapitulación.- 9. Refutación de la tesis dualista atendiendo al espíritu de los trabajos preparatorios de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y al espíritu de la propia Ley de reforma, inducido de aquéllos y de su Exposición de Motivos. - 10. Explicación de la supresión del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909, por la Ley de 30 de diciembre de 1944, y de su posterior inclusión como artículo 32 en el Texto Refundido vigente de 8 de febrero de 1946. - 11. Recapitulación. - III. ESCLARECIMIENTO DEL SENTIDO DEL TÉRMINO TERCERO EN EL ART. 32 LH. MEDIANTE LOS ELEMENTOS INTERPRETATIVOS LÓGICO Y SISTEMÁTICO. - 1. Una interpretación del art. 32 LH., aislada del conjunto del sistema, conduce al absurdo. (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS Y HERMIDA LINARES).- 2. Es preciso interpretar el art. 34 LH. en relación con el art. 38 y en términos tan generales como los de este artículo, de manera que el supuesto de hecho del art. 34 LH. se extienda a toda situación en que la presunción *iuris tantum* de existencia del derecho real inscrito y de pertenencia del mismo a su titular registral en la forma determinada por el asiento, no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral, incluido el caso de que el titular registral haya dejado

de ser dueño, o haya dejado de serlo con la amplitud que consta en el Registro, por actos del propio titular registral. (HERMIDA LINARES). - 3. El artículo 40 LH. despeja toda duda en cuanto a quién sea el tercero contemplado en el art. 32 LH.. (ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL y HERMIDA LINARES). Comprobación de esta afirmación y refutación de diversas interpretaciones del art. 40.1.a) de la Ley Hipotecaria formuladas por GARCÍA GARCÍA.- 4. Una interpretación sistemática de los artículos 32 y 69 LH. despeja igualmente toda duda en cuanto a quien sea el tercero contemplado por aquel precepto. - 4.1 Contradicción entre los artículos 32 y 69 LH. que genera la interpretación autónoma del art. 32. - 4.2. Refutación de los argumentos dados por algunos dualistas para salvar la contradicción apuntada. - 5. El art. 1473.2 CC. no es un argumento en favor de la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación, sino un resultado del juego de la fe pública registral y una aplicación del art. 23 (hoy 32) de la LH. - 5.1. Interpretación sistemática del artículo 1473.2 CC. en relación con los artículos 32, 34, 40 y 69 de la Ley Hipotecaria.- 6. Otros argumentos de orden lógico y sistemático en defensa de la tesis monista. IV.- EL ARGUMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL.

## **I. MÉTODO EMPLEADO PARA LA CONCLUSIÓN DE LA TESIS QUE SOSTENEMOS. LA INDAGACIÓN DE LA MENS LEGISLATORIS CON ARREGLO A LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS QUE OFRECE LA TRADICIÓN JURÍDICA, LA DOCTRINA Y EL ART. 3.1 CC..**

Sostenemos en este Capítulo, y en nuestro trabajo, la tesis de que el tercero contemplado en el art. 32 LH. es el mismo tercero a que hace referencia el art. 34 de la misma; un *tercero registral* (en expresión de GARCÍA AMIGO, que la considera más acertada que la de *tercero hipotecario*<sup>1</sup>) propio de los sistemas de fe pública registral; tercero que es, por otro

---

<sup>1</sup> Explica el profesor GARCÍA AMIGO (conversación privada) que la expresión *tercero hipotecario* parecería circunscribir el concepto de tercero "al tercero frente a la hipoteca", mientras que la expresión *tercero registral* sería una expresión más acertada que aludiría mejor a la posición del "tercero protegido por el Registro de la Propiedad", siendo así el término más acorde con el concepto.

En cambio, utiliza ambas expresiones como sinónimas la STS. de 7 de abril de 2000 (RJA. 2000/2498), fundamento de derecho 4º.

lado, el único tercero en cuyo favor la Ley Hipotecaria establecerá excepciones a las reglas generales relativas a las adquisiciones derivativas de los derechos.

A esta tesis <sup>2</sup> hemos llegado *por la vía de la interpretación del art. 32 LH., o declaración de su sentido genuino según la mente del legislador*. En la indagación y esclarecimiento del sentido de la norma contenida en el artículo 32 LH., hemos seguido la opinión tradicional (teoría subjetiva) de que el sentido de la ley se halla en la mente del legislador que la ha sancionado.<sup>3</sup>

Siendo la ley una "ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad" <sup>4</sup>(como la ha definido Sto. Tomás de Aquino, con definición no superada por nadie), presupuesta la existencia y legitimidad de la ley, el sentido de la misma es preciso buscarlo en la mente del legislador. Allí es dónde el intérprete podrá encontrar el sentido, el espíritu y el fin particular de la ordenación, que en un acto de la razón práctica, dictó el legislador para el bien común de la sociedad cuyo gobierno le está encomendado. La teoría objetiva, seguida, por ejemplo, por ALBALADEJO,<sup>5</sup> da cierto pie, en nuestra opinión, a que el sentido atribuido a la ley, como el que *objetivamente encierra*, con independencia del que plasmó en ella su autor, no sea realmente tal, sino el que *cree ver en ella* la subjetividad del intérprete.

Para la investigación y declaración del contenido de la ley (art. 32 LH.), tal y como la concibió el legislador, hemos utilizado los cuatro elementos señalados por SAVIGNY en su "*Sistema de Derecho Romano actual*": gramatical, lógico, histórico y sistemático. Método

<sup>2</sup> Tesis: conclusión, proposición que se mantiene con razonamientos (DRAE, 1970)

<sup>3</sup> CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I. Parte General. 5ª Edición, totalmente refundida con arreglo al Cuestionario de 25 de noviembre de 1940. Instituto Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1941. Págs., 52 y 53. ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Vol. 1º. Introducción y Derecho de la persona. 12ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1991. Págs., 153 y 154. MARCELINO CABREROS DE ANTA, C. M. F.; ARTURO ALONSO LOBO, O.P.; SABINO ALONSO MORÁN, O. P.. *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. I. Cánones 1 - 681. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1963. Págs., 147 y 148.

<sup>4</sup> "Et sic quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata." (SANCTI THOMAE AQUINATIS. Doctoris Angelici *Summa Theologiae*. Prima Secundae, q. 90, a.4. Biblioteca de Autores Cristianos. Tertia Editio. Matriti, MCMLXII.)

<sup>5</sup> ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Vol. 1º. *Op. cit.*, Págs., 154 y 155.

éste de interpretación que SAVIGNY estimaba "más adecuado, para examinar ordenadamente los argumentos utilizables para desentrañar el sentido de cualquier ley oscura".<sup>6</sup> Como dichos elementos amplios e imprecisos, comúnmente aceptados en la doctrina española <sup>7</sup> desde la publicación en Madrid (1878) de la traducción al castellano de la citada obra de SAVIGNY, han sido recogidos por el legislador civil en el art. 3.1 CC., añadiendo el elemento de la realidad social y del fin de la norma, podemos decir que también en nuestro trabajo hemos seguido el procedimiento recomendado al intérprete por el art. 3.1 CC..

Recomendado y no impuesto forzosamente al intérprete ya que la norma contenida en el art. 3.1 CC., no es una norma de *ius cogens*, que recoja unos criterios interpretativos forzosos y exclusivos sino una norma instrumental o auxiliar para la interpretación de cada ley, que no excluye en absoluto cualquier otro medio racional o apto para descubrir lo que el legislador intentó expresar en la ley. Así, por ejemplo, constituyen otros medios de interpretación, las *reglas clásicas* formuladas en el Digesto (l. 50, tit. 17), las Decretales de Gregorio IX (l.5 tit. 41), el *Liber Sextus Decretalium* de Bonifacio VIII (l. 5 tit. 12) y las Partidas (7, 33 y 7,34); las *reglas lógicas* o propias del buen razonar, como el principio de no contradicción y la reducción al absurdo; *los principios generales del Derecho*; *la evitación del fraude a la ley*, *el abuso de derecho o el empleo de la mala fe* y *los argumentos de autoridad*, como la doctrina jurisprudencial, la opinión de los autores, las exposiciones de motivos, los reglamentos y órdenes que interpretan o desarrollan una ley y la referencia a las legislaciones extranjeras. Por otro lado, las reglas de interpretación que pueda dar un Código (como el Código Civil) no pueden aplicarse ciegamente, pues ellas mismas están supeditadas a los principios supremos del derecho y de la lógica.<sup>8</sup>

Si bien es cierto que la lógica exige iniciar la labor de exégesis de la norma por el elemento literal, esto es, atendiendo a la significación propia de las palabras, consideradas en

<sup>6</sup> DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código civil)*. ADC., Octubre - Diciembre 1977. Pág., 829.

<sup>7</sup> Sin considerarlos una enumeración cerrada. (DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Naturaleza de las reglas ... Op. cit.* Pág., 834, nota 87).

<sup>8</sup> Cfr.: DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Naturaleza de las reglas ... Op. cit.* Págs., 820, 829, 834 a 836, 841 a 843 y 846. MARCELINO CABREROS DE ANTA, C. M. F.; ARTURO ALONSO LOBO, O.P.; SABINO ALONSO MORÁN, O. P.. *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. I. *Op. cit.*, Pág., 156.

el texto y en el contexto, dado que la fórmula verbal es normalmente el medio más claro y directo de expresión de la *mens legislatoris*, (y además el art. 3.1 CC. recomienda iniciar la interpretación por este elemento literal), lo cierto es que en el caso concreto del art. 32 LH., *discutiéndose precisamente*, como ya hemos explicado, *el significado propio del término tercero*, (y siendo la clarificación de dicho término, aparte del punto de partida de la interpretación del artículo, *el objeto de nuestra investigación*), hemos optado por comenzar nuestra labor de exégesis atendiendo al elemento histórico o de antecedentes históricos y legislativos, dejando de momento al margen el elemento literal, que como se desprendería de lo explicado en el Capítulo anterior es insuficiente para revelar el sentido del art. 32 LH. y el sentido del término tercero. Sobre este elemento de interpretación volveremos, no obstante, más adelante, pero al hilo de los elementos interpretativos lógico y sistemático.

A tomar esta decisión nos ha impulsado, además de la mencionada oscuridad del término tercero, cuyo alcance ya hemos dicho que es lo que se discute, el que tanto la tesis monista como la tesis dualista, tienen como fundamento o punto de partida de su desarrollo doctrinal el elemento histórico, en cuya apreciación divergen frontalmente. (Salvo el caso de los monistas eclécticos, que acercan posiciones, en este punto, a la tesis dualista). Además, el que un estudio cronológico de las vicisitudes legislativas y doctrinales por las que ha atravesado la legislación hipotecaria en España en el punto que nos ocupa, contribuye a ordenar la materia y a dar una pauta al expositor para sus explicaciones.

Clarificado, pues, el problema de quién fuese el tercero *históricamente contemplado por el legislador de 1861 en el art. 23 LH.* (dado que la continuidad entre aquel precepto e incluso los artículos 1858 y 1859 del Proyecto de Código Civil de 1851, y los vigentes artículos 606 y 1473.2 CC. y 32 LH., *no es cuestionada* ni por la tesis dualista ni por la tesis monista), queda expedito el camino para poder afirmar quién sea el tercero contemplado por el art. 32 LH. vigente.

GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE establece una línea de continuidad entre los siguientes preceptos: Art. 94 del Anteproyecto de 1848; art. 1858 del Proyecto de Código Civil de

1851; art. 23 LH. 1861; art. 606 CC. y art. 32 LH. vigente.<sup>9</sup> VILLARES PICO añade en esta línea de continuidad la Exposición de Motivos de la LH. 1861 y el art. 1473 CC.. (Cfr.: *ut supra*, Capítulo III, epígrafe II.1.). GARCÍA GARCÍA sigue a VILLARES PICO. (Cfr.: *ut supra*, Capítulo III, epígrafe III.2.). La continuidad entre el Proyecto de Código Civil de 1851 y la LH. 1861, también la destacan ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. (Cfr.: Capítulo III, epígrafe V.2.)

Así las cosas, otros elementos de interpretación como el lógico y sistemático vienen a aportar argumentos a mayor abundamiento en la determinación del tercero contemplado por el art. 32 LH..

El fin particular de la norma o *ratio legis* del art. 32 LH., más que servirnos de elemento interpretativo (argumento teleológico, art. 3.1 *in fine* CC.) para desentrañar el sentido del término tercero es, en este caso, una deducción a establecer a partir del elemento histórico. De éste se desprende con claridad, que el fin intentado por el legislador con el precepto del art. 32 LH. es *la protección de la buena fe o confianza depositada por los terceros adquirentes en la institución creada para la publicación de las titularidades dominicales y reales sobre los inmuebles. Fin particular de este precepto que tiene razón de medio para la finalidad más amplia de la Ley Hipotecaria de dar seguridad al crédito hipotecario y al tráfico jurídico en el sentido que ya indicamos en el Capítulo I.*

Precisado del modo dicho el término tercero, la exégesis del art. 32 LH. continúa, en nuestra opinión, sin dificultad. Según sea uno u otro el tercero hallado, será posible inducir el principio hipotecario inspirador del precepto, y a partir de ahí, determinar los requisitos a que se supedita la protección que dicho principio dispensa al tercero y el alcance de la misma.

Si el tercero hallado era un tercer adquirente civil *que meramente inscribía*, entonces estaba claro que el artículo 23 LH. 1861 estaba inspirado en los sistemas de transcripción o latinos y que acogía el carácter constitutivo de la inscripción para tercero y el principio de inoponibilidad, con todas sus consecuencias. Por el contrario,

<sup>9</sup> GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, JUAN LUIS. *El principio de inoponibilidad (Artículo 606)*. En: "Centenario de la Ley de Bases del Código Civil. (Ciclo de Conferencias)." Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989. Págs., 106 a 108.

si se trataba de un tercero que *debía haber adquirido de una persona que aparecía en el Registro con facultades para transmitir*, ello era sinónimo de que la inspiración del artículo era germánica y de que, por lo tanto, acogía el principio de publicidad en el sentido de presunción *iuris et de iure de la integridad de los asientos registrales*, en favor del tercero que confió en el contenido registral previo.

En nuestro estudio hemos seguido un sistema de trabajo quizás algo distinto al que propone AMORÓS GUARDIOLA, pues este registrador considera que el primer problema que se plantearía en la interpretación del artículo 32 LH. es el de si la norma establecida en el mismo es manifestación del principio de fe pública registral o responde a otros principios inspiradores. "*A la vez, y como consecuencia de esa previa configuración*", (cva. ntra.) debería responderse si el tercero del artículo 32, es el mismo tercero que contempla el artículo 34 LH., necesitado de los mismos requisitos para su protección, o por el contrario un tercero distinto, dotado de otros requisitos.<sup>10</sup> Nosotros, sin desechar este sistema de trabajo, hemos optado por el que hemos explicado.

## II.- ESCLARECIMIENTO DEL SENTIDO DEL TÉRMINO TERCERO EN EL ART. 32 LH. MEDIANTE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DE ESTE PRECEPTO.

Hemos incluido entre los argumentos de tipo histórico que nos servirán para desentrañar el sentido que el termino *tercero* tiene hoy en el art. 32 LH. algunos argumentos que podrían clasificarse también de "argumentos de autoridad", siguiendo a FEDERICO DE CASTRO (*Cfr.: ut supra*), como el argumento del sentir doctrinal común en torno al art. 23 LH. 1861 y reformas posteriores hasta 1944 o el espíritu de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, entre otros. Sin embargo, consideramos que entendiendo el elemento histórico en un sentido amplio, pueden agruparse correctamente bajo este epígrafe II, todos los argumentos que pasamos a exponer a continuación.

<sup>10</sup> AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL. *Comentario al art. 606 CC.*. En: ROCA JUAN, ROCA y AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo*. Tomo VII, Vol. 2º. Artículos 530 a 608. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1990. Págs., 281 y 282.

**1. La aparición del *tercero* del futuro art. 32 LH. en los trabajos legislativos anteriores a 1855. Demostración de que ese tercero era un adquirente del propietario según Registro y de la inspiración germánica de tales trabajos, sobre la base de la documentación que, de los mismos, se conserva en el Archivo de la Comisión General de Codificación.**

Con anterioridad al 8 de agosto de 1855, en que el Gobierno, por Real Decreto, ordenaba a la Comisión de Códigos formar un Proyecto de Ley Hipotecaria, se habían venido realizando en el seno de dicha Comisión, trabajos legislativos relativos a la reforma de la legislación hipotecaria e inmobiliaria.<sup>11</sup> Dichos trabajos debían ser objeto de estudio por la Comisión encargada de redactar el Proyecto de Ley Hipotecaria, y de comparación con las leyes de las demás naciones.<sup>12</sup> Por lo tanto, tales trabajos debieron tener un especial peso en el ánimo de los redactores de la LH. 1861. De ahí su importancia para la correcta interpretación de aquella y de la vigente, en cuanto a los preceptos procedentes de la LH. 1861, singularmente, el artículo 32.

El primero de dichos trabajos <sup>13</sup> lo constituyen las Bases 50.<sup>a</sup>, 51.<sup>a</sup> y 52.<sup>a</sup> para la redacción de un Proyecto de Código Civil, acordadas por la Comisión General de

<sup>11</sup> Entendemos por legislación hipotecaria, en sentido estricto, la relativa al derecho de hipoteca, y por legislación inmobiliaria, la que tiene por objeto "fijar las reglas para la adquisición, transmisión, gravamen y extinción de los derechos reales sobre bienes raíces", siguiendo en ello a BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER. Sin embargo, en un sentido lato, podemos hablar de legislación hipotecaria incluyendo, tanto a la legislación hipotecaria *stricto sensu*, como a la legislación inmobiliaria y a las normas relativas a la organización del Registro de la Propiedad, por contenerse gran parte de ellas, desde 1861, en la *Ley Hipotecaria*. (También se contienen en el Código Civil).

<sup>12</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la península, islas adyacentes, Canarias, Territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*. Tomo I. Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid, 1892. Pág., 22 (Citado por ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo I, Vol. I. Editorial Castalia. Madrid, 1989. Pág., 63.)

*Cfr.*: Exposición de Motivos del Real Decreto de 8 de agosto de 1855.

<sup>13</sup> El proyecto de Código Civil de 1836 contenía realmente el primer trabajo legislativo sobre reforma de la legislación hipotecaria, y se hallaba reunido en el Ministerio de Gracia y Justicia al publicarse el Real Decreto de 8 de agosto de 1855. Sin embargo, dado que su redacción no fue obra de la Comisión de Códigos (creada en 1843), y dado el limitado alcance que en él se daba al principio de publicidad, entendemos que *no*



Codificación el 5 de diciembre de 1843, y tácitamente aprobadas por el Gobierno.<sup>14</sup> Interesa destacar la base 52.<sup>a</sup>, fruto de una iniciativa de CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, y que preveía la adopción de la inscripción constitutiva para todos los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares.<sup>15</sup> Esta base 52.<sup>a</sup> venía a dar a la inscripción el valor de único modo de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.<sup>16</sup>

Su texto era el siguiente: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código".<sup>17</sup>

Esta base, como veremos, fue objeto de posterior reforma, apareciendo en ella el moderno concepto de tercero.

---

*debió tener una influencia muy destacada en la redacción de la LH. 1861.* La elaboración de este Proyecto de Código Civil tiene su origen en la encomienda que el Rey Fernando VII hizo a Manuel María Cambronero de redactar un Proyecto Oficial. Este jurista murió dejándolo inacabado y su labor fue completada por tres jurisconsultos, José de Ayuso y Navarro, Eugenio de Tapia y Tomás María Vizmanos, en virtud del encargo que se les dio por R.O. de 29 de enero de 1834. Terminada la redacción del Proyecto en 1836, fue presentado a las Cortes pero no prosperó. (CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho civil español común y foral*. Tomo 1º. Parte General. 5ª Edición, totalmente refundida con arreglo al Cuestionario de 25 de noviembre de 1940. Instituto Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1941. Pág., 30. ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político - administrativas*. 6ª Edición. Gráficas Solana. Madrid, 1990. Pág., 922. ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...* Tomo I, Vol. I. *Op. cit.* Págs., 63 y 64).

El Proyecto sólo se ocupaba del principio de publicidad en cuanto a las hipotecas, obligando a su inscripción, y previniendo la desaparición, en mayor o menor medida, de las hipotecas tácitas. El principio de publicidad no se establecía ni respecto del dominio, ni respecto de otros derechos reales limitados distintos de la hipoteca. (GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, JUAN LUIS. *El principio de inoponibilidad (Artículo 606)*. ..., *Op. cit.*, Pág., 105).

<sup>14</sup> Seguimos en la explicación a OLIVER Y ESTELLER, que da cuenta de estos trabajos legislativos anteriores a 1855, **teniendo a la vista** los escritos y las actas que documentaban la tarea de la Comisión de Codificación, y que se conservan en el archivo de la Comisión General de Codificación.

<sup>15</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la península, islas adyacentes, Canarias, Territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*. Tomo I. Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid, 1892. Págs., 29 a 38.

<sup>16</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción ... Op. cit.* Pág., 300. De esta base 52ª dice LACRUZ BERDEJO que establecía la necesidad de la inscripción para el nacimiento del derecho real incluso en la sucesión *mortis causa*. (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág., 235).

<sup>17</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ....* Tomo I, Vol. I. *Op. cit.*, Pág., 78.

La Comisión que había aprobado esta base (y las demás bases para la redacción de los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos), y que llevaba muy avanzados los trabajos de los Proyectos de los distintos Códigos, fue disuelta por R.D. de 31 de julio de 1846. Poco después, fue reorganizada por R.D. de 11 de septiembre de 1846, formando la Sección de lo Civil, JUAN BRAVO MURILLO, FLORENCIO GARCÍA GOYENA, CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA y JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ PUY. Al poco de constituirse la Sección de lo Civil se acordó que, sin perjuicio de revisar los títulos del Proyecto de Código Civil redactados por la Comisión anterior antes de su disolución, se repartiesen entre los vocales los títulos que quedaban por redactar, **encomendándose a LUZURIAGA la redacción del de Hipotecas, que era uno de los que faltaba.**<sup>18</sup>

Aunque quedaba sobreentendido que el ponente debía ajustarse en la redacción del título a las bases aprobadas por la Comisión General de Codificación, LUZURIAGA quiso conocer el pensamiento de los otros miembros de la Sección de lo Civil respecto de las bases referentes al sistema hipotecario y de transmisión de la propiedad. Por ello, aprovechando que en sesión de 21 de octubre de 1846 BRAVO MURILLO, presidente de la Sección, puso a discusión el título de la compraventa, anteriormente redactado, LUZURIAGA planteó si el dominio de las cosas se transfiere desde la entrega de ellas o desde que se perfecciona el contrato, lo cual guardaba estrecha relación con la base 52ª. GARCÍA GOYENA sostuvo que el dominio de la cosa vendida pasa respecto de los contrayentes por su consentimiento, pero no respecto de tercero.<sup>19</sup> LUZURIAGA sostuvo que la traslación del dominio se verifica por la entrega y por la inscripción y que habría contradicción con la base 52ª si se decidía, para el

---

<sup>18</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 39 a 41. *Cfr.*: Acta 3, folio 10, 1 - X - 1846. Asunto: Código Civil. Organización del trabajo. En: "Actas de las sesiones celebradas desde el día 4 de marzo de 1846 a 17 de septiembre de 1848. Antiguo legajo 12 Código Civil. Actualmente, LEGAJOS 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926. Archivo de la Comisión General de Codificación".

Del Acta se desprende que efectivamente se verificó la distribución de los trabajos de que habla BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER. Además se nombró por unanimidad presidente de la Sección a Bravo Murillo, que lo era de la Comisión General de Codificación, y secretario de la Sección a José María Sánchez Puy, que lo era de la Comisión.

Posteriormente debieron integrar la Sección, además de los vocales anteriores, Zúñiga, y en sustitución de Sánchez Puy, José María de Gorostidi, vicesecretario de la Comisión, que fue nombrado secretario de la Sección. (Acta 57, folio 79, 23 de febrero de 1848. LEGAJOS 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ..., *loc. cit.*)

<sup>19</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 39 a 41.

caso particular de la compraventa, que el dominio se pasaba por el consentimiento de los contratantes. BRAVO MURILLO se limitó a decir que la transmisión del dominio no debía hacerse depender de diversos acontecimientos.<sup>20</sup> "Y como solución práctica para no entorpecer la discusión del título de la *Compra - Venta*, propuso BRAVO MURILLO que, estando enlazada la cuestión de que se trata con lo que se resolviese sobre el Registro de hipotecas, debía decidirse aquí sobre ello, sin perjuicio de lo que se resuelva en el Registro de hipotecas". El acuerdo que se tomó, modificando la base 52<sup>a</sup>, fue *que la transmisión verificada por título de venta no debía depender de la formalidad de la inscripción en el Registro*.<sup>21 22</sup>

A instancia de GARCÍA GOYENA, quizás en ese momento o en otro posterior, la base 52<sup>a</sup> quedó redactada del siguiente modo:

---

<sup>20</sup> Ibidem. Pág., 41.

<sup>21</sup> Ibidem. Pág., 42.

<sup>22</sup> Reproducimos a continuación el texto íntegro del Acta de dicha Sesión. Acta 4, folio 11, 21 - X - 1846. Asunto: Código Civil. Título de los Contratos. En LEGAJO 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ..., *loc. cit.*:

*Asisten: Juan Bravo Murillo, Florencio García Goyena, Claudio Antón de Luzuriaga.*

"Leída y aprobada el acta de la sesión anterior, expuso el Sr. Presidente que había tomado a su cargo el ordenar el título de los contratos discutido y aprobado por la Comisión de Códigos Extinguida conforme a los acuerdos de la misma, por no haberlo hecho el Sr. D. Tomás María Vizmanos, vocal, según se le había encargado, y que sometía este trabajo a la revisión de la Sección para que se reformara o decidiera lo conveniente.

En consecuencia se procedió a la lectura del título de los contratos arreglado por el Sr. Presidente y sin enmienda se aprobaron los epígrafes del título y Capítulo 1º y el art. 1º que era el siguiente ... [No figura el texto del artículo en la transcripción del Acta.]

Se discutió detenidamente el art. 7º para resolver la cuestión que versaba sobre si el dominio de las cosas se transfiere con la entrega de ellos o desde que se perfecciona el contrato.

El Sr. Goyena fue de opinión que el dominio de la cosa pasa respecto de los contrayentes por su voluntad o consentimiento, pero no respecto de un tercero.

El Sr. Luzuriaga manifestó que la base acordada por la Comisión anterior respecto del registro de hipotecas hace ineficaz la traslación del dominio de los bienes inmuebles hasta que sean registrados y que habría contradicción si se decidiera aquí que pasara el dominio por el consentimiento de los contratantes; y que la transmisión del dominio se realiza por la inscripción en el registro de hipotecas o por la entrega.

El Sr. Presidente indicó que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos y que estando enlazada la cuestión de que se trata con lo que se resuelva sobre el registro de hipotecas, debía decidirse aquí sobre ella, sin perjuicio de lo que se acuerde en el registro de hipotecas.

Así se acordó y con la reserva de tener presente también la diferencia entre bienes inmuebles y raíces se aprobó el artículo redactado de nuevo por el Sr. Presidente del modo que sigue ..." [No se recoge el texto del artículo en la transcripción del acta ]".

"Para que produzcan efecto en cuanto á tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público.

No se reconocerá acción hipotecaria ni otras cargas que limiten ó modifiquen la propiedad, sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro Público".<sup>23</sup>

He aquí como apareció el concepto de tercero, efectivamente, como alternativa a la inscripción constitutiva *absoluta*.<sup>24</sup>

*¿Mas, quién era este tercero?* Esta es la pregunta que cabe formularse. Sólo se nos dice, *a sensu contrario*, que el título transmisivo o constitutivo de que no se tomó razón en el Registro no surte efecto en cuanto a tercero, es ineficaz frente a él. Pero, ... *¿se trata el tercero de cualquier persona ajena al título transmisivo o constitutivo? ¿Se trata de una persona, ajena al título constitutivo o transmisivo, que ha inscrito, a su vez, en el Registro, a su favor, otro título incompatible con el no inscrito? ¿O se trata, quizás, de una persona que obtuvo un título transmisivo o constitutivo a su favor, fiado en los pronunciamientos registrales, y lo inscribió a su nombre en el Registro?* Quién sea tal tercero no se nos aclara en los párrafos de la reformada base 52ª. La solución hay que buscarla en otro lugar, fuera de la letra de los mismos. La respuesta es preciso buscarla en el Anteproyecto de los Títulos de las Hipotecas y del Registro Público del futuro Código Civil, redactado por LUZURIAGA en desarrollo de dicha base y en el Proyecto de Código Civil de 1851. Lo haremos, primero, de la

<sup>23</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Pág., 47.

<sup>24</sup> Para SANZ FERNÁNDEZ, sin embargo, ha sido un error casi constante de la doctrina el buscar el origen del concepto de *tercero* en la transacción de BRAVO MURILLO, GARCÍA GOYENA Y LUZURIAGA.. (Cfr.: SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Págs., 242 y 243; y SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 423.)

BERAUD Y LEZÓN, que sostienen que el sistema de principios integrantes de la Ley Hipotecaria está inspirado en el *sistema germánico*, relacionan la aparición del tercero con un "deseo vehemente de llegar a un acuerdo para derogar el antiguo régimen..." En su opinión, no se mantuvo el criterio de las primitivas bases 50.ª, 51.ª y 52.ª, (que de haberse mantenido, habría probablemente colocado luego a la Ley Hipotecaria entre las legislaciones más sustantivas), por falta de convicción o por un deseo, ante las discrepancias de los miembros de la Comisión, de llegar a un acuerdo para la finalidad que hemos indicado. (BERAUD, FRANCISCO Y LEZÓN FERNÁNDEZ, MANUEL. *Tratado de Derecho Inmobiliario*. Tomo I. Instituto Reus. Madrid, 1927. Pág., 455, nota 2).

mano de las investigaciones realizadas por OLIVER Y ESTELLER y de los comentarios que CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA hizo de los Títulos XIX y XX del Proyecto de 1851 y, en un segundo momento, sobre la base de nuestras propias investigaciones en el Archivo de la Comisión General de Codificación.

En opinión de OLIVER, ante el acuerdo adoptado, (de carácter ecléctico por no seguir el criterio de que "la transmisión de la propiedad depende siempre y sin distinción de títulos ó causas de transmisión, de la formalidad de la inscripción", como habían proclamado el Código Civil de Austria y la Ley Hipotecaria de Sajonia), LUZURIAGA hubo de apoyarse para la redacción del articulado del anteproyecto en legislaciones que adoptasen tal criterio ecléctico, y así tomó por base la leyes de **Prusia, Baviera, Wurtemberg** "y muy especialmente el Proyecto de Ley acerca de la adquisición, conservación y publicidad de los derechos reales sobre inmuebles presentado al Consejo representativo del **Cantón de Ginebra** en Diciembre de 1827".<sup>25</sup> (Negr. ntra.)

"... Examinado el conjunto de las disposiciones [del Anteproyecto, dice OLIVER Y ESTELLER] ... se comprende desde luego que todas iban encaminadas á un solo fin; es, á saber: establecer ó crear una institución pública, mediante la cual se adquiriera, con absoluta seguridad y sin temor á reivindicaciones inesperadas, el dominio de las fincas y los derechos reales constituidos sobre las mismas. Esta institución era el Registro público, ...

Una vez instituido el Registro, **adquiría el dominio ó derecho real sobre una finca, con plena y absoluta seguridad, quien había obtenido la transmisión de una y otro de la persona que, según él mismo, aparecía como dueña del inmueble ó derecho**, aunque en realidad no fuese el verdadero propietario o legítimo tenedor, bien porque los hubiese enajenado anteriormente, ya porque hubiese sido despojado judicialmente del inmueble ó derecho, bien porque careciese de la facultad de enajenar, bien por cualquier otro motivo.

---

25OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Pág., 42 y 43.

Tan grandes y tan extraordinarios eran los efectos que el Anteproyecto atribuye á la inscripción en el Registro de la adquisición del dominio ó de un derecho real a favor de determinada persona". (Negr. ntra.)

Y luego añade: "No podía ocultarse al autor del Anteproyecto que con esta doctrina, verdaderamente radical, podría surgir un dualismo en la persona del propietario de una finca ó derecho, si no marchaban acordes y paralelas las indicaciones del Registro y la realidad de la vida, pues se daría el caso de haber á la vez dos propietarios, en dominio pleno, de un mismo inmueble, uno el *propietario verdadero*, el que en realidad ejercía todos los actos de disfrute y aprovechamiento del mismo; otro el *propietario inscripto ó registrado*, el único que podía otorgar válidamente actos de enajenación y gravamen.

Y para evitar este *dualismo* en la persona del propietario, creyó el autor del Anteproyecto que era suficiente remedio (copiando la legislación prusiana, que había tomado por modelo) exigir que todos los documentos registrables constasen en escritura pública ó en su defecto que se acordase su inscripción por la autoridad judicial, y que antes de procederse a la toma de razón de los mismos, fuesen examinados por el Tenedor del Registro ... ".<sup>26</sup>

Parece, por lo tanto, siguiendo a OLIVER Y ESTELLER, que el tercero que se habría introducido en el Anteproyecto de 1848 era un tercer adquirente de una persona que figuraba en el Registro como propietario o titular. La inscripción de los títulos de transmisión de la propiedad era precisa para que dichos títulos pudiesen surtir efecto frente a dicho tercero, no haciéndolo, en caso contrario.

El Proyecto de Código Civil de 1851 adoptó casi en su totalidad, con algunas modificaciones hasta cierto punto secundarias, el Anteproyecto DE LUZURIAGA. (Éste pasó a formar los Títulos XIX y XX del Libro III, trayendo luego muchas de las disposiciones de la LH. 1861, origen de ambos proyectos).<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 50 a 52.

<sup>27</sup> *Ibidem.* Págs., 45 y 61.

Sobre dicho Proyecto de Código Civil de 1851, dijo CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA que, habiendo adoptado la Comisión General de Códigos los principio de publicidad y especialidad de las hipotecas, [Cfr.: el párrafo 2º de la reformada Base 52.ª] la Sección de lo Civil los había aplicado en los Títulos XIX y XX del Proyecto, por lo que "... en consecuencia nuestra ley hipotecaria [se refiere a los dichos Títulos] concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*; sistema que ha recibido el nombre de **Alemán**, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro. Puede desde luego tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de **Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico**, admitido en otros diez y siete Estados, y que sucesivamente va extendiéndose también á la Italia, á la Bélgica, y que amenaza asimilarse la legislación francesa con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema misto de Francia".<sup>28</sup> (Negr. ntra.)

A continuación de estas frases, vertidas en las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA con motivo del comentario de los Títulos XIX y XX del Proyecto de 1851, añade otras que conviene destacar:

---

<sup>28</sup> El sistema francés se denominaba también sistema mixto porque en él aparecían yuxtapuestas las doctrinas e instituciones del Derecho romano imperial (hipotecas tácitas de las mujeres casadas, hijos de familia, menores e incapaces), del Derecho francés del Antiguo Régimen, y del Derecho germánico moderno (publicidad y especialidad de las hipotecas). Así, por ejemplo, si bien el Código Civil francés de 1804 establecía que la preferencia entre hipotecas venía dada por la fecha de inscripción de los títulos en el Registro (art. 2134), exceptuaba de esta norma las hipotecas legales en favor de menores e incapacitados sobre los bienes de sus tutores y las hipotecas legales en favor de las mujeres casadas sobre los bienes del marido, las cuales existían y tenían preferencia, sin necesidad de inscripción, desde el día de aceptación de la tutela, o de la celebración del matrimonio. (Art. 2135). En favor del crédito territorial y de los derechos de tercero, sin embargo, se impuso a los tutores y maridos la obligación de inscribir la hipoteca legal que recaía sobre sus bienes presentes y futuros, "so pena de incurrir en el delito de estafa si consentían la inscripción de hipotecas y privilegios sobre bienes propios, sin manifestar previamente su afección a las hipotecas legales." (Art. 2136). También se estableció un procedimiento especial para la liberación de las hipotecas legales. A instancia del adquirente de un bien gravado con hipoteca legal, se requería por anuncios a los pupilos, esposas, Protutores y Ministerio fiscal para que solicitasen la inscripción de las hipotecas legales sobre los bienes vendidos. Si transcurría el plazo dado para hacerlo sin verificarlo, se transmitían los bienes al comprador libres de tales hipotecas. (Arts. 2193 a 2195). (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 164, 194, 195 y 196).

Diferentemente, el sistema germánico o alemán sujetaba a los principios de publicidad absoluta y especialidad a todas las hipotecas, incluidas las legales, lo cual hizo el Proyecto de 1851, con una salvedad de Derecho Transitorio (Disp. Transitoria 4ª y 5ª). El art. 1786 del Proyecto de 1851 disponía así: "La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el registro público, y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero."

"Con lo dicho se prueba que, ni es fácil seguir en estos dos títulos el método de indicar la concordancia de cada uno de sus artículos con la infinidad de las leyes hipotecarias de otros países, las cuales equivalen por sí solos á otros tantos Códigos; **ni este método presentaría una idea exacta de la concordancia de nuestra ley con el espíritu general de cada sistema; y por tanto, despues de indicar aquí las leyes extranjeras con las que concuerda la nuestra**, anotaré en cada capítulo los principios directivos sobre que están fundadas sus disposiciones, sin dejar por eso de señalar los puntos de contacto que tengan con aquellas leyes".<sup>29</sup> (Negr. ntra.)

Es decir, LUZURIAGA, con la autoridad que le confería el haber sido el redactor del Anteproyecto de 1848, aseguraba que el Proyecto de Código Civil de 1851, y por lo tanto, aquél, era una obra inspirada en el sistema germánico en lo que a Registro de la Propiedad e Hipotecas se refiere, siendo un tanto *secundario* que pudieran encontrarse puntos de contacto en sus preceptos con leyes distintas de aquéllas con las que concordaba sustancialmente. Es evidente, por tanto, que materia de tanta importancia como la relativa a los efectos de la inscripción y al concepto de tercero, tenía una clara impronta germánica.

Pero aún es posible encontrar otros argumentos que confirmarían que el tercero contemplado por la reformada base 52ª y los articulados que la desarrollaron, era un adquirente de un titular registral.

BIENVENIDO OLIVER, citando a LUZURIAGA, relaciona el principio sentado en la reformada base 52ª, **con el mantenimiento de una presunción iuris tantum de exactitud del Registro**. Veamos cómo. Entiende BIENVENIDO OLIVER que el Proyecto de 1851 exigía una publicidad *positiva* "en el mero hecho de atribuir efectos positivos á los asientos del Registro, en relación a los derechos ó actos jurídicos en ellos consignados". Y a continuación añade: "**Por eso dice LUZURIAGA que, << admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario**

<sup>29</sup> GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo IV. Vol. 2º. Imprenta de la Sociedad Tipográfica - Editorial. Madrid, 1852. Págs., 183 y 184. Los Títulos XIX y XX del Proyecto fueron comentados por LUZURIAGA.



sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción >>.<sup>30</sup> He aquí un efecto verdaderamente positivo de la publicidad. El que aparece como dueño en el Registro, ese y no otro es el verdadero propietario".<sup>31</sup> (Negr. ntra.)

Es decir, mientras no se inscriba en el Registro una transmisión, ésta no surtirá efecto frente al tercero que consulta los libros registrales para averiguar el dominio de la finca que pretende comprar. Para él, en principio, no habrá más propietario que el que figure en los libros por la última inscripción.<sup>32</sup>

En otras palabras, el título que no surte efecto en cuanto a tercero sino desde su inscripción, es fundamentalmente, en el pensamiento del Proyecto, un título derivado de un titular registral, el cual, frente al tercero, seguirá siendo propietario (no surtiendo efecto, por lo tanto, frente al tercero, la transmisión realizada), **mientras no se verifique la inscripción de la transmisión operada**. El tercero de la base 52ª es un sujeto que entra en relación con los asientos del Registro que proclaman como propietario a una determinada persona.

Tanto no surte efecto frente al tercero la transmisión no inscrita, que éste adquirirá la propiedad de la finca por la inscripción del contrato celebrado con el que aparece como titular en el Registro. Es el segundo efecto positivo de la publicidad de que habla OLIVER.

"Otro de los efectos positivos de la inscripción que demuestra el concepto *positivo* del principio de publicidad es el consignado en el art. 1859, según el cual se atribuye y adjudica la propiedad de una finca, enajenada por el propietario *inscripto* en favor de determinadas personas y por actos distintos, al adquirente que haya inscripto antes su título. Este precepto no es más que la aplicación del carácter positivo de la inscripción en el Registro, según el sistema alemán, toda vez que no se limita á dar á conocer al tercero los actos y contratos relativos á un inmueble, sino que por sí sola constituye un modo de adquirir la propiedad. En último término, dicho precepto viene á declarar que, por la mera inscripción de uno de

<sup>30</sup> GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias ...* Tomo IV. Pág., 212 (Citado por OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 67 y 68).

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> No contemplamos ahora la necesidad de desconocer la posesión contradictoria con el asiento del titular registral del que se adquiere, para poder ostentar buena fe. Sobre el tema, Cfr., epígrafe II.10.3 del Capítulo IV.

aquellos contratos de enajenación, es propietario quien contrató con el anterior dueño, cuando ya había dejado de serlo según los principios del Derecho civil tradicional".<sup>33</sup>

Hemos querido comprobar sobre la base misma de los trabajos de LUZURIAGA y de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, y sobre el contenido de las Actas de las sesiones de ésta, la veracidad de todas estas afirmaciones, habiendo llegado a los resultados que exponemos a continuación.

En el Archivo de la Comisión General de Codificación, "CÓDIGO CIVIL, LEGAJO 10. TRABAJOS PROYECTO CÓDIGO CIVIL 1851. Carpeta 5, Documento único: De la hipoteca y registro público: tres ejemplares del manuscrito A, uno del B, otro del C; diversas observaciones sobre esta materia", hemos encontrado 5 manuscritos de difícil ordenación cronológica ya que en su mayoría carecen de fecha. Sin embargo, poniendo en relación los mismos con los LEGAJOS 6, 7 y 8 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926<sup>34</sup> se sigue que LUZURIAGA debió redactar tres borradores del Anteproyecto de 1848, denominados Manuscritos A1, A2 y A3. El Manuscrito A1 constituye sin ninguna duda el texto definitivo del Anteproyecto presentado por LUZURIAGA a la Comisión.<sup>35</sup> Los manuscritos A2 y A3, constituyen, en nuestra opinión, trabajos previos de este vocal.<sup>36</sup> El manuscrito B parece ser el resultado de las discusiones de la Sección durante

<sup>33</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 68 y 69.

<sup>34</sup> *Vid.:*

- Actas de las sesiones celebradas desde el día 4 de marzo de 1846 a 17 de septiembre de 1848. Antiguo legajo 12 Código Civil. Actualmente, LEGAJO 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926.

- Actas de las sesiones celebradas desde el día 1 de febrero de 1849 a 14 de mayo de 1850. Las actas se corresponden con la mitad del antiguo legajo 13 Código Civil. Actualmente, LEGAJO 7 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926.

- Actas de las sesiones celebradas desde el día 15 de mayo a 20 de diciembre de 1850. Las actas se corresponden con la 2ª mitad del antiguo legajo 13 Código Civil. Actualmente, LEGAJO 8 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926.

<sup>35</sup> En la portada del Manuscrito puede leerse: **MANUSCRITO A1: Copia original. Títulos De la hipoteca y registro público. Redactados por el Sr. Luzuriaga. Secretario. (Presentados a la Comisión en mayo de 1848). Tiene 132 artículos con rectificaciones. Tit. 19, hipot., 54 art.. Tit. 20, Reg. p., 78 art..**

Del Acta 77, folio 103, 4 de mayo de 1848. Asunto: CC. - Hipotecas, resulta que ese día fue presentado el Anteproyecto por LUZURIAGA a la Sección del Código Civil, estando presentes GARCÍA GOYENA y ZÚÑIGA.

<sup>36</sup> En la portada del Manuscrito A2, puede leerse : **Copia cotejada. Títulos de la hipoteca y registro público redactados por el Sr. Luzuriaga. Tiene 132 artículos con pocas notas ...** , y a continuación se añade una frase que no hemos podido descifrar pero que hace alusión a correspondencias con el Code.

los días 4 a 6 de mayo de 1848 sobre el Manuscrito A1, es decir, sobre el Anteproyecto,<sup>37</sup> y el manuscrito C, parece ser fruto de una revisión posterior del Manuscrito B, que debió comenzar el 16 de octubre de 1850 y terminar el 26 del mismo mes y año.<sup>38</sup> Este manuscrito fue objeto de posterior revisión durante la última lectura del Proyecto de Código Civil, que comenzó el 4 de noviembre de 1850.<sup>39</sup> **Dicho esto, es posible seguir el desarrollo que tuvo la redacción del Capítulo 5º del Título del Registro público, relativo a los efectos de la inscripción.**

En el Manuscrito A2 el mencionado Capítulo 5º se compone de 7 artículos numerados del 92 al 98:

**Art. 92:** Ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces ó constitutivo de cualquiera otro derecho real sobre los mismos bienes surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público. Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el art. 127.

**Art. 93:** Cuando el propietario enajena unos mismos bienes raíces á diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título.

**Art. 94:** Cualquier otro derecho real adquirido contra el que aparece del registro propietario de los bienes sujetos al mencionado derecho, é inscrito en su cuenta, surte efecto contra cualquier título, anterior á dicha inscripción, no registrado en el oficio público o registrado con posterioridad.

---

En la portada del **Manuscrito A3**, puede leerse: **Copia cotejada. Títulos De la hipoteca y registro público redactados por el Sr. Luzuriaga. Tiene 132 arts. con notas.**

<sup>37</sup> En este **Manuscrito B**, puede leerse: **Original. Títulos De la hipoteca y registro público. Aprobados por la Sección de Código civil. Tiene 134 arts. sin fecha y notas margen. Tít. 19 Hipot. = 55 arts.; Tít. 20 Reg. P ub. = 79 arts.** Las Actas que dieron lugar a este documento son las siguientes: Acta 77, folio 103, 4 de mayo de 1848; Acta 78, folio 104, 5 de mayo de 1848 y Acta 79, folio 105, 6 de mayo de 1848. LEGAJO 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ..., *cit.*

<sup>38</sup> En el Manuscrito C puede leerse: **Copia cotejada. Título De la hipoteca y registro público, según ha quedado en la última y definitiva versión por la Sección de Código civil. Tiene 117 arts. y 5 capítulos transcritos con fecha. Muchas notas margen. Tít. 19 hipot = 42 arts. Tít. 20 Reg. pub = 75..**

Las Actas que dan fe de cómo se obtuvo este Manuscrito son las 101 a 110, LEGAJO 8 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ... *cit.*

<sup>39</sup> *Vid.*: Actas 146 a 150 del LEGAJO 8, *cit.*

**Art. 95:** La preferencia entre los poseedores de derechos reales sobre unos mismos bienes, se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público.

Sin embargo, en caso de muerte, los acreedores del difunto y sus legatarios que hayan tomado la inscripción en conformidad a lo dispuesto en el art. 60 excluyen en cuanto a los bienes de la herencia a los que traigan derecho del heredero aunque lo hayan inscrito con anterioridad.

**Art. 96:** El tercero que sufre perjuicio por la aplicación de lo dispuesto en cualquiera de los cuatro artículos anteriores gozará de acción personal contra el propietario u obligado por cuyo hecho hubiere experimentado daño, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda corresponderle contra el adquirente de cualquiera de los derechos mencionados en conformidad a lo dispuesto en ... (obligaciones) y sin perjuicio también de lo que prescribe el código penal (estafas).

**Art. 97:** Desde que se haga en el registro público cualquiera de las inscripciones de que trata el art. 90 no se hará ninguna otra inscripción en la cuenta de las personas que de la primera resulten incapaces para enajenar sino en los casos y previas las formalidades exigidas por la ley; las inscripciones que se hicieren de otro modo serán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad del tenedor del registro.

**Art. 98:** Todo lo dispuesto en el presente capítulo es aplicable al derecho hipotecario sin perjuicio de lo que especialmente se halla determinado en cuanto a los efectos de la hipoteca en el capítulo 6º (hipotecas).

El art. 93 lleva la siguiente nota marginal: **"Pueden refundirse estos cuatro artículos realmente contenidos en el 94 y 101."**

Tratándose el Manuscrito A2, según las deducciones que hemos establecido, de un trabajo de LUZURIAGA, previo a la definitiva presentación del Anteproyecto a la Sección, entendemos que él mismo pudo ser el autor de esta nota. LUZURIAGA parecía referirse con ella a la posibilidad de refundir los arts. 92, 93, 94 y 95, pues el art. 96 hacía alusión precisamente a estos cuatro artículos como constitutivos de una unidad que determinaba los efectos de la inscripción. (*Cfr.: ut supra.*)

Nótese que es precisamente el art. 93, relativo a la doble enajenación el que lleva la anotación marginal, y que se le considera contenido (como el 92 y 95) en el art. 94.

Es claro que LUZURIAGA (o en su caso, el autor de la nota) veía en el art. 94 el eje del sistema inmobiliario registral diseñado.<sup>40</sup> Este artículo 94 especificaría, entonces, quién fuese el tercero del art. 92, de redacción, por cierto, muy semejante a la reformada Base 52ª y, por lo tanto, redactado tras la discusión a que hemos hecho mención antes, sobre la transmisión del dominio.

El artículo 94 afirma que cualquier derecho real distinto del dominio (al que se refiere el art. 93), adquirido contra el que aparece del Registro como propietario, e inscrito en su cuenta, *surte efecto*, (cuando con arreglo a las normas que rigen la adquisición derivativa de los derechos no debería surtirlo), contra cualquier título (incluido, por lo tanto, título de dominio) anterior a la inscripción practicada y no registrado.

Siendo esto así, el dicho título anterior no registrado, *traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquiera otro derecho real sobre los mismos bienes, como dice el art. 92, no surte efecto contra el adquirente que cumple los requisitos mencionados en el art. 94, porque para surtir efecto contra tercero, era precisa su inscripción en el registro público (art. 92). El tercero del art. 92 (y de la Base 52ª reformada) es, pues, el tercer adquirente que reúne los requisitos indicados en el art. 94.*

En cuanto a la alusión a que el art. 95 también se contiene en el art. 94, implicaría que el principio de prioridad registral sentado en aquel artículo para establecer la preferencia entre poseedores de derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles, estaba matizado por un principio de confianza en la apariencia que se infería del art. 94. La preferencia otorgada por el Registro (o más ampliamente, la protección registral frente a títulos no inscritos) no se

---

<sup>40</sup> Como dijo LACRUZ BERDEJO, "en tesis de LUZURIAGA, la inscripción producía siempre el mismo efecto: atribuir el derecho real al adquirente que lo recibiera de un titular registral". (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág. 236.)

obtendría, pues, por una simple prioridad en la inscripción. Lo mismo cabría decir respecto del art. 93.<sup>41</sup>

El art. 101, a que hacía mención también la nota de LUZURIAGA, se refería a la *cancelación de las inscripciones*. ("La cancelación debe hacerse por allanamiento de las partes interesadas en la inscripción, siempre que tengan capacidad para enagenar sus bienes, y conste su unanime consentimiento de escritura pública. Si el allanamiento es condicional no se cancelará la inscripción hasta que se cumpla la condición".) Ya veremos posteriormente el por qué de la alusión a la cancelación de las inscripciones.

En el Manuscrito A3, los artículos 92 a 98 tienen la misma redacción, pero es el art. 94 el que lleva la siguiente nota: **"Pueden refundirse estos 4 artículos realmente contenidos en el 94 y 101"**.<sup>42</sup> LUZURIAGA insiste en la misma idea.

Llegamos así al Manuscrito A1, que constituye, como dijimos, los "Títulos De la hipoteca y registro público", presentados por LUZURIAGA a la Comisión. La redacción de los arts. 92 a 98 es casi la misma que la del Manuscrito A2, pero el art. 92 aparece dividido en dos párrafos, y en el art. 97 se remite al art. 87, en lugar de al 90. El art. 94 aparece ahora redactado en los siguientes términos:

"Cualquier otro derecho real adquirido contra el que aparece del Registro propietario de los bienes sujetos al mencionado derecho, ó inscrito en su cuenta, surte efecto contra cualquier título, anterior a dicha inscripción, no registrado en el oficio público o registrado con posterioridad".

Esta nueva redacción del art. 94 en que la conjunción copulativa "e" es sustituida por la disyuntiva "o", vuelve a aparecer en el Manuscrito B. ¿Se trató de una variación voluntariamente querida, o de una equivocación?. La semejanza gráfica entre ambas letras "e" y "o", máxime cuando son manuscritas, nos ha llevado a pensar que quizás la voluntad de

<sup>41</sup> Cfr., a propósito del principio de prioridad registral, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Págs., 55 y 56.

<sup>42</sup>Cuál de los dos manuscritos, A2 o A3, fuese anterior en el tiempo, ha sido imposible determinarlo.

LUZURIAGA fuese escribir "é inscrito" y no "ó inscrito", pues con aquella redacción el sentido del artículo es mucho más claro. (Es preciso, para obtener la protección registral, adquirir del propietario inscrito e inscribir). Sin embargo, es indudable que la cuestión es dudosa. En todo caso, como veremos, el espíritu del Anteproyecto es el mismo que el de los trabajos anteriores.

De la lectura de los artículos del Anteproyecto parece deducirse que a cada propietario se le abrían varias cuentas (o folios o registros particulares) en el Registro, *una para cada uno de sus bienes. Los arrendamientos, derechos reales limitados, condiciones y cargas se inscribían en la cuenta correspondiente al bien sobre que recaían.* En el momento en que el bien cambiaba de propietario, la inscripción de propiedad se cancelaba de oficio por el tenedor del Registro en la cuenta del transferente, y se abría una nueva cuenta del bien a nombre del nuevo adquirente, trasladándose a ella las cargas subsistentes en la cuenta del anterior propietario. En el fondo el sistema de ordenación de las inscripciones venía a ser de "folio real *partido* en cada mutación de propiedad." La cuenta del propietario de que habla el art. 94 es pues, realmente, la cuenta de la *finca* del propietario.

En este caso, es otra vez el art. 93, relativo a la doble enajenación, el que lleva la siguiente nota: "**pueden refundirse estos cuatro artículos realmente contenidos en el 92 y 99**". La nota, consideramos que vuelve a ser de LUZURIAGA, pues tiene la misma inspiración que las anteriores.

De los cuatro artículos que hemos dicho que formaban una unidad determinando los efectos fundamentales de la inscripción, **sólo el art. 92 mencionaba expresamente el término tercero.** Pues bien, el art. 99, con el que LUZURIAGA hace concordar el art. 92, (y evidentemente el mismo 93, al situar la anotación en su margen), **contiene una referencia expresa a un tercero de buena fe que ha adquirido fiado en la inscripción que el Registro publicaba como vigente.**

He aquí la letra del **art. 99:** "La inscripción se extingue de derecho sin necesidad de cancelaciones inmediatamente que espira el término fijado a su duración, sea en el título

constitutivo del derecho inscripto, sea en la inscripción misma, con tal que dicho término conste de una manera precisa y clara.

**Solamente en este último caso puede oponerse *al tercero de buena fe* la extinción del derecho no cancelado en el registro público".**

Es decir, el derecho inscrito al que se ha fijado de manera precisa y clara un plazo de duración, produce *ipso iure* la extinción de la inscripción que lo contiene, al finalizar la vida que se le ha fijado. *En tal caso, aunque la inscripción de dicho derecho extinguido en la realidad jurídica no haya sido cancelada en el Registro público, la extinción del derecho perjudicará al tercero de buena fe. En todos los demás casos, la extinción del derecho no cancelado en el Registro público (por ejemplo, por obra de una transmisión del mismo no registrada), no podrá oponerse al tercero de buena fe, es decir, a un tercer adquirente que ha adquirido fiado en la vigencia de la inscripción no cancelada.*

**Teniendo presente que el concepto de tercero de buena fe es ajeno a los sistemas de transcripción, resulta así meridiano quién fuese el tercero del Anteproyecto de 1848, y el por qué de la importancia dada en las notas de los manuscritos anteriores a los arts. 94 y 101, relativo a las cancelaciones. El que aparece como dueño o titular en el Registro, lo sigue siendo para el tercero, mientras su inscripción no haya sido cancelada.**

43

Los Capítulos 5º y 6º (relativo a la extinción de las inscripciones y en el que se contiene el art. 99 mencionado) del Título del Registro Público del Anteproyecto, se aprobaron sin enmienda por la Sección <sup>44</sup>, pasando al Manuscrito B, si bien con diversa numeración. **El Capítulo 5º comienza ahora en el Manuscrito B en el art. 94 (equivalente al antiguo 92).**

43

Este art. 99 también existía en los Manuscritos A2 y A3.

44

Acta 78, folio 104, 5 de mayo de 1848. Asunto: CC. - Hipotecas y registro público. LEGAJO 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ... *cit.*



En este Manuscrito B, resultado de la primera discusión del Anteproyecto,<sup>45</sup> aparece una nota de un matiz diverso a las anteriores. El art. 96 (antiguo art. 94) aparece redactado con el siguiente apunte marginal: "**Acaso es inútil con el siguiente que lo suple**". El siguiente es el artículo relativo a que la preferencia entre los poseedores de derechos reales sobre unos mismos inmuebles se determinará por la prioridad de su inscripción. Es indudable que esta nota priva de importancia al artículo relativo a la adquisición de propietario inscrito. No creemos que la nota, comparada con las anteriores, fuese de LUZURIAGA, quien había dado por fundamental, en dos ocasiones, al art. 94 (ahora 96). Probablemente sería obra de algún otro miembro de la Sección.

Quizás el considerar inútil este art. 96 ante el art. 97 obedeciese a una idea latina del redactor de la nota: resolver todos los conflictos entre derechos reales incompatibles o compatibles, por una pura prioridad, prescindiendo de la confianza en la apariencia. En tal caso, resultarían patentes las disensiones internas en el seno de la Comisión acerca del sistema inmobiliario registral a adoptar. No obstante, lo más importante, disensiones aparte y pese a la efectiva supresión que se producirá posteriormente de ese artículo considerado inútil por la comentada nota, es el resultado final del Proyecto que comentamos más adelante.

En el Manuscrito C, fruto de la revisión del Manuscrito B a que hemos aludido antes, el Capítulo 5º "De los efectos de la inscripción", aparece con numerosos cambios.

**Se inicia con un art. 84** del siguiente tenor, sustitutivo del art. 94 del Manuscrito B (o art. 92 del Anteproyecto):<sup>46</sup>

**Art. 84:** Ninguno de los títulos sujetos a inscripción según lo dispuesto en el Capítulo 2º surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público; pero lo surte desde su inscripción contra los títulos no inscritos aunque sean anteriores en fecha. [Desde "pero" al final, está tachado en el manuscrito.

<sup>45</sup> Este Manuscrito B debió de ser remitido al Gobierno según se desprende del Acta 77, folio 103, 4 de mayo de 1848, LEGAJO 6, *cit.* LUZURIAGA "dijo que creía conveniente el que después de un ligero examen se remitieran al Gobierno [los títulos presentados] para que éste oyera el dictamen de los Tribunales Superiores acerca de tan importante materia y en que según el proyecto, tan capitales innovaciones se hacen en el actual sistema hipotecario." Se acordó hacerlo así.

<sup>46</sup> *Cfr.: ut supra* el texto del art. 92 del Manuscrito A2.

Posteriormente, esta frase desaparecerá en la redacción final del Proyecto. (Art. 1858)].

Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el art. 109 [asiento de presentación] mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo 2º del art. 111. [Nota en el Libro de presentación de que debe rehusarse definitivamente la inscripción].

Este artículo fue fruto de la corrección introducida en el art. 94 del Manuscrito B en sesión de 22 de octubre de 1850.<sup>47</sup> Sustancialmente el artículo es el mismo. Únicamente se ha sustituido "título traslativo de propiedad de bienes raíces ó constitutivo de cualquiera otro derecho real sobre los mismos bienes", por "títulos sujetos a inscripción".

En la misma sesión se aprobó sin enmienda el art. 95 del Manuscrito B, relativo a la doble enajenación, que pasó a ser el art. 85; se suprimió el art. 96 de aquél, *es decir, el que había sido considerado inútil, y hacía referencia a la adquisición del que aparecía en el Registro como propietario*, y se corrigió el art. 97 del Manuscrito B, relativo a la prioridad entre poseedores de derechos reales (antiguo art. 95 del Manuscrito A1<sup>48</sup>), así:

"Artículo.- La preferencia entre los acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualesquiera otros derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles, se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público.

Sin embargo en caso de muerte ... (Hasta fin del art.)".<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Acta 106, folio 131, 22 octubre 1850. Asunto.- Título del Registro Público - Hipotecas. LEGAJO 8 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ... *cit.*

También es fruto, en la parte final del párrafo 2º, de una nota que aparece en el art. 94 del Manuscrito B, ordenando poner la restricción correspondiente a la anotación en el Libro de presentación, del asiento de denegación definitiva de la inscripción.

<sup>48</sup> *Cfr.: ut supra* el texto del artículo 95 del Manuscrito A2.

<sup>49</sup> Acta 106, folio 131, 22 octubre 1850, *cit.* El artículo, en su nueva redacción, pasó a ser el 86 del Manuscrito C, cuyo texto completo era el siguiente:

" La preferencia entre los acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualesquiera otros derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público. [Hay una nota al margen ilegible]

Sin embargo en caso de muerte los acreedores del difunto y sus legatarios que hayan tomado la inscripción en conformidad á lo dispuesto en el art. 44 excluyen en cuanto a los bienes de la herencia á los que traigan derecho del heredero aunque estos lo hayan inscrito con anterioridad. [Este párrafo está tachado. De

En la misma sesión se acordó suprimir el art. 98 del Manuscrito B (antiguo art. 96 del Manuscrito A2. *Cfr.: ut supra.*) y sustituirlo por el siguiente:

"Artículo.- Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, surtirán efecto contra tercero, aunque no se hayan inscrito, los derechos reales que sin necesidad de pacto concede la Ley, tales como la revocación y reducción de las donaciones (Art. ... donaciones), la resolución de los contratos bilaterales (obligaciones) y otros semejantes." <sup>50</sup> [Este artículo, de indudable cariz latino, desapareció en la redacción definitiva del Proyecto].

También se corrigió el art. 99 del Manuscrito B (antiguo art. 97 Manuscrito A2. *Cfr.: ut supra.*) así:

Artículo.- Desde que se haga en el registro público cualquiera de las inscripciones de que trata el artículo 70, no se hará ninguna otra inscripción por obligaciones de las personas que resulten incapaces para enajenar, sino en los casos y previas las formalidades exigidas por la Ley; las inscripciones que se hicieren de otro modo ... (Hasta fin del art.)."<sup>51</sup>

Finalmente se suprimió el art. 100 del manuscrito B. (antiguo art. 98 Manuscrito A2).

En sesión de 23 de octubre de 1850, fue retocado muy ligeramente el art. 101 del Manuscrito B (antiguo art. 99 Manuscrito A1), relativo al tercero de buena fe, quedando del siguiente modo:

"La inscripción se estingue de derecho sin necesidad de cancelación inmediatamente que espira el término fijado a su duración, sea en el título constitutivo del derecho inscrito sea en la inscripción misma, con tal que dicho término conste de una manera precisa y clara.

---

hecho desapareció en la redacción definitiva del Proyecto de 1851. (Art. 1860)].

<sup>50</sup> Acta 106, folio 131, 22 octubre 1850, *cit.*

<sup>51</sup> El texto completo del artículo tal y como resulta en el Manuscrito C es el siguiente:

Art. 88: "Desde que se haga en el registro público cualquiera de las inscripciones de que trata el art. 53, no se hará ninguna otra inscripción por obligaciones de las personas que resulten incapaces para contraerlas, sino en los casos y previas las formalidades exigidas por la ley; las inscripciones que se hicieren de otro modo serán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad del tenedor del registro."

Solamente en este caso puede oponerse al tercero de buena fe la extinción del derecho no cancelado en el registro público." (Art. 89 Manuscrito C.)

*En nuestra opinión, pese a la supresión del artículo relativo a la adquisición de quien aparece como dueño en el Registro, es lo cierto que el tercero a que se sigue haciendo referencia en cuanto a la ineficacia frente a él de los títulos sujetos a inscripción y no inscritos y en cuanto a la imposibilidad de oponerle la extinción de derechos ocurrida en la realidad jurídica (por ejemplo, por transferencia de los mismos) pero vigentes en el Registro es el tercero de buena fe. (Art. 84 en relación con el art. 89 del Manuscrito C; relación que la autoridad de las notas que hemos comentado antes nos permiten establecer). El sistema germánico diseñado por LUZURIAGA continúa, por lo tanto, sin cambios sustanciales.*

Queremos, no obstante, destacar, que en el margen del art. 84 del Manuscrito C hemos encontrado la siguiente nota, probablemente también escrita por mano distinta de LUZURIAGA, y en la que se afirma:

**"2.2 P al fin: títulos entonces no pueden ser opuestos al tercero que haya contratado sin fraude con el vendedor."**

Es absolutamente innegable que la nota hace referencia a lo que se ha denominado sistema de transcripción. La nota, empero, está tachada. ¿Quiso significarse con ella que el artículo fue redactado en el sentido de la nota?. Nos inclinamos a pensar que no *dada la trayectoria de la redacción del mismo y la de los artículos concordantes* que hemos relatado a partir de las notas de LUZURIAGA. Por otro lado, el hecho de estar tachada podría dar pie a pensar en una idea *abandonada*, pues los preceptos, o párrafos de los mismos, que hemos visto tachados en los manuscritos, fueron efectivamente *eliminados* en el texto final del Proyecto. *Tachar*, además, significa "borrar lo escrito"; y *borrar*, "hacer rayas horizontales o transversales sobre lo escrito, para que no pueda leerse o para dar a entender que no sirve."<sup>52</sup>

En nuestra opinión, la nota corrobora, pese a lo que aparentemente podría parecer, la tesis de la inspiración germánica del Proyecto de 1851, *precisamente por el hecho de estar tachada, a diferencia de las restantes comentadas*. Simplemente reflejaría las disensiones internas en el seno de la Sección.

Finalmente, de admitirse que el art. 84 (realmente expresión de la base 52ª reformada) respondía al sistema francés o latino, resultaría que no hubo verdadera transacción entre GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA a raíz de la sesión de 21 de octubre de 1846 que dio lugar a la modificación de la base 52ª, sino simple sumisión de éste al parecer de aquél, es decir, admisión plena del sistema latino, de que era partidario GARCÍA GOYENA. Diferentemente, la transacción consistió, como reflejan los trabajos de la Sección y explicó OLIVER Y ESTELLER, en la admisión del sistema francés de transmisión consensual del dominio, *y del sistema prusiano de ineficacia del título no inscrito frente al tercero de buena fe que adquirió del propietario publicado por el Registro; con abandono del sistema de inscripción constitutiva absoluta, propio, por ejemplo, de Austria*.<sup>53</sup>

En Austria el único modo de adquirir, conservar y perder el dominio y los demás derechos reales sobre los inmuebles era la inscripción en el Registro de los actos jurídicos relativos a los mismos. Es decir, existía un sistema de inscripción constitutiva

---

<sup>53</sup> La admisión del sistema de transmisión contractual del dominio se verificó, por ejemplo, en sesión de 7 de noviembre de 1849, (Acta 11, Folio 17, 7 de noviembre de 1849. Asunto: CC. - Contrato y obligaciones. LEGAJO 7 de las Actas consecutivas transcritas en limpio ... *cit.*)

Asistieron Goyena y Luzuriaga. Parece ser, según se desprende del Acta, que este día comenzó la Sección la revisión del Código Civil por el título relativo a los contratos y obligaciones.

"Discutido el art. 7 se convino en que se tachasen las notas que lo acompañaban por innecesarias y se hicieron de él dos artículos redactados en la forma siguiente:

Artículo 7.- La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en el art. 94 (hipotecas). [El acta debe de hacer referencia al art. 94 del manuscrito B.]

La propiedad pasa al acreedor y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega salvo en lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 33.

El que tiene a su cargo el riesgo de la cosa debe sufrir su pérdida o deterioro pero se aprovechará también de su aumento o mejora.

Artículo 7 bis .- Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fé si fuera mueble; y si fuera raíz se estará a lo dispuesto en el art. 95 (hipotecas). [El acta debe referirse al art. 95 del manuscrito B.]

absoluta para la adquisición del dominio. En el Código civil (publicado primeramente para Galicia y extendido después por una Pragmática imperial de 1 de junio de 1811 a otros territorios del Imperio Austríaco), se atribuía a los asientos del Registro fe pública o autoridad incondicional, aunque la jurisprudencia de los tribunales superiores sólo aplicaba tal fe pública en los casos en que no mediaba fraude o engaño por parte del que se apoyaba en los asientos del Registro.<sup>54</sup>

Para obtener la redacción definitiva del proyecto de Código Civil de 1851 todavía se hicieron nuevas rectificaciones en el Manuscrito C durante la lectura del proyecto, ya ordenado conforme a lo resuelto por la Sección y con una numeración única y sucesiva, lectura que comenzó el 4 de noviembre de 1850.<sup>55</sup> Tales rectificaciones se produjeron en las Sesiones de 12 a 17 de diciembre de 1850.<sup>56</sup>

De la comparación de los resultantes Títulos XIX y XX del Proyecto<sup>57</sup> con la Ley Común Hipotecaria de Prusia de 20 de diciembre de 1783, el Código de Prusia de 5 de enero de 1794, la Ley Hipotecaria de 1 de Noviembre de 1798, aprobada en Francia, (*Loi sur le régime hypothécaire*) y el Código Civil francés de 1804,<sup>58</sup> resultan, en nuestra opinión, claras similitudes entre el Derecho Prusiano, como señalaron BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER y el propio LUZURIAGA, y dichos Títulos. Esas similitudes abarcan tanto la organización del Registro como el régimen hipotecario e inmobiliario.

En cuanto a la organización del Registro, como en Prusia (Ley Común Hipotecaria, art. 49),<sup>59</sup> se sujeta a inscripción todas las modificaciones que experimente la propiedad (arts.

<sup>54</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español*. ... Tomo I. *Op. cit.*. Págs., 148 y 149 y 155.

<sup>55</sup> Acta 112, folio 139, 4 de noviembre de 1850. Asunto: Lectura del Proyecto de Código Civil. Título Preliminar. LEGAJO 8, cit.

<sup>56</sup> Actas 146 a 150, LEGAJO 8, cit.

<sup>57</sup> Cfr.: ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias* ... Tomo I. Vol. I. *Op. Cit.*, Págs., 94 a 107.

<sup>58</sup> Cfr.: OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español* ... Tomo I. *Op. cit.*. Págs., 104 a 132 y 182 a 197.

<sup>59</sup> Art. 49 de la LCH.: "En atención á que el orden y la seguridad públicos estriban en que la propiedad de los bienes inmuebles no ofrezca duda ni incertidumbre, deberán manifestarse todas las modificaciones que sufra tal propiedad al Tribunal ó Corporación que tenga á su cargo el Registro de hipotecas, en el que se tomará razón de ellas." (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español* ... Tomo I. *Op. cit.*. Pág., 106).

1826 a 1828 y 1830 y 1831 del Proyecto). Se distingue entre inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y subinscripciones.<sup>60 61</sup> Se contienen reglas especiales para la justificación e inscripción de los títulos de posesión (Disposición Transitoria 3ª, párrafo 2º del Proyecto);<sup>62</sup> se prevé la publicidad de los asientos y la expedición de certificaciones por el tenedor del Registro (Art. 1885);<sup>63</sup> los actos inscribibles deben constar en documento auténtico (art. 1821), inscribiéndose no el documento, sino el acto jurídico contenido en el mismo (arts. 1845 y 1847), y conservándose en el Registro la copia auténtica presentada por el requirente (Art. 1846).<sup>64</sup> Antes de practicar el asiento solicitado, el tenedor del Registro examinaría el título y sólo practicaría aquél si éste estuviere arreglado a la ley (arts. 1883 y 1884).<sup>65</sup> Finalmente, si bien en el Proyecto no se establece expresamente, como en la LCH.,<sup>66</sup> la apertura de un registro especial a cada finca, si que se prevé que la ordenación que establezcan los reglamentos de desarrollo permita obtener la información completa sobre el estado jurídico de la finca.

En relación con el régimen hipotecario, como en el Código de Prusia de 1794, las hipotecas se sujetan en el Proyecto de Código Civil de 1851 a los principios de especialidad, (arts. 1784, 1785, 1788, 1789, 1790, 1795 y 1852), legalidad (calificación por el tenedor del Registro), publicidad (absoluta, incluso de las hipotecas legales; art. 1786) y prioridad (art. 1860).<sup>67</sup>

---

<sup>60</sup> Esta clase de asientos estaba destinada según el Proyecto a hacer constar en el Registro los actos que modificasen una inscripción sin extinguirla totalmente (art. 1877); la variación de domicilio de alguna de las partes (art. 1878); y las rectificaciones de errores de hecho cometidos en el título constitutivo del derecho inscrito o en su inscripción. (art. 1879).

<sup>61</sup> Cfr.: OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español ...* Tomo I. *Op. cit.* Págs., 105 y 106.

<sup>62</sup> Cfr.: OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Loc. cit.*

<sup>63</sup> En Prusia "el contenido de los asientos era público para los que tenían interés en conocerlo a juicio del Tribunal", bajo cuya administración estaban los Registros. (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español ...* Tomo I. *Op. cit.* Pág., 109.

<sup>64</sup> Cfr.: OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Tomo I. Op. cit.* Págs., 107 a 109.

<sup>65</sup> De acuerdo con la LCH., antes de practicarse la inscripción, los documentos se presentaban ante el Tribunal para que éste examinase no tanto sus formalidades legales como la legitimidad de los derechos que por ellos se creaban, transmitían o modificaban. (OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. ...* Tomo I. *Op. cit.* Pág., 107.

<sup>66</sup> Cfr.: OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Op. cit.* Pág., 109.

<sup>67</sup> Cfr.: OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Op. cit.* Pág., 127.

En cuanto a los efectos de la inscripción, si bien las disposiciones del Proyecto no están tan desarrolladas como las del Código de Prusia, sí que las analogías entre unas y otras son evidentes.

Dice OLIVER Y ESTELLER que en el art. 7 del Título X, de la Parte I, del Código de Prusia, se establecía que "el que aparecía en el Registro como dueño del inmueble, era considerado como verdadero propietario respecto á todos los contratos celebrados con un tercero.

Y deduciendo de este precepto una consecuencia natural y lógica, pero contraria al mismo tiempo á la teoría romana, se declara en otro artículo que los actos relativos al inmueble celebrados por el tercero y por consiguiente los de enagenación, en ningún caso pueden ser anulados ó invalidados por el verdadero propietario ni por su habiente derecho. [Art. 8º, Tít. X, Parte I]. De suerte que en virtud de este precepto el verdadero propietario queda privado de la acción reivindicatoria contra el que había adquirido el inmueble del que aparecía como dueño en el registro. Y como éste al obtener la inscripción de su derecho puede haber cometido algún acto injusto ó ilícito, el Código de Prusia concede al propietario verdadero, en compensación de la acción reivindicatoria de que queda privado, una acción personal contra el que obtuvo indebidamente la inscripción, no contra el tercero que con éste había contratado." <sup>68</sup>

Igualmente señala que el Código modificó la teoría romana de la tradición, "al resolver la colisión que pudiera surgir entre los que pretenden tener derecho á la propiedad del inmueble, disponiendo que en este caso se diese la preferencia al que derivase su título del propietario inscripto, y si todos lo derivasen de éste, al pretendiente que logre obtener primeramente la inscripción de su título". Arts. 18, 19 y 20, Tít. X, Parte I. <sup>69</sup> [Nótese la similitud con los arts. 93 y 94 del Anteproyecto de 1848.]

---

<sup>68</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español*. ... Tomo I. *Op. cit.* Págs., 117 y 118.

<sup>69</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español*. ... Tomo I. *Op. cit.* Pág., 118.



Admitiendo las doctrinas romanista y canonista sobre la influencia de la mala fe en el adquirente, el Código de Prusia incluía tres disposiciones al respecto de las que reproducimos dos:

" << El que sabe que el propietario inscripto, con quien ha celebrado un contrato de enagenación o gravamen, no es el verdadero dueño del inmueble, no adquiere ningún derecho real sobre el mismo. >> [Art. 10]

<< Aquel que al tiempo de verificarse la entrega de la cosa ó de obtener la inscripción de su título de adquisición, conocía la existencia de un acto de enagenación otorgado por el mismo propietario en favor de otra persona, no adquiere tampoco, en perjuicio de esta última, ningún derecho sobre la cosa >>". [Art. 25].<sup>70</sup>

La buena fe era, pues, requisito necesario para que la fe pública atribuida a los asientos del Registro, *que subsistían en favor del tercero proclamando como propietario a un determinado sujeto, mientras no hubieran sido cancelados*, operase en favor de éste.

Esta subsistencia de los asientos en favor del tercero mientras no hubieran sido cancelados, a que hacemos mención, se desprendía de algunos artículos: los 415, 423 y 522 del Código de Prusia. Dice OLIVER Y ESTELLER que "obedeciendo al ... principio [de publicidad, en el sentido de atribuir fe o autoridad pública a los asientos del Registro], se declara[ba], que si bien extinguida la obligación para cuya seguridad se constituyó la hipoteca se extingue este derecho real, son válidos los actos de cesión ó gravamen *en favor de un tercero de buena fe mientras no aparezca cancelada la inscripción de la referida hipoteca. ...*"<sup>71</sup> (Cva. y negr. ntras.). Más generalmente, en la LCH. se afirmaba que los asientos extendidos en los Libros producían efecto *mientras no se hiciese constar su extinción mediante la cancelación*.<sup>72</sup>

Si bien el Proyecto de 1851 no contenía preceptos tan rotundos como los 7, 8, 10 y 25 del Título X de la Parte I del Código de Prusia, sí que las mismas normas allí establecidas

<sup>70</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español*. ... Tomo I. *Op. cit.* Págs., 118 y 119.

<sup>71</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español*. ... Tomo I. *Op. cit.* Pág., 129.

<sup>72</sup> OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español*. ... Tomo I. *Op. cit.* Pág., 108.

podían deducirse de la interpretación sistemática de los artículos 1858, 1859 y 1862, precepto éste último muy similar a los arts. 415, 423 y 522 prusianos:

**Art. 1862:** "La inscripción se extingue de derecho sin necesidad de cancelación, inmediatamente que expira el término fijado a su duración, sea en el título constitutivo del derecho inscrito, sea en la inscripción misma, con tal que dicho término conste de una manera precisa y clara.

**Solamente en este caso puede oponerse al tercero de buena fe la extinción del derecho que no resulte cancelado en el registro público. "**

De acuerdo con este art. 1862, en cualquier otro caso distinto de extinción de un derecho publicado por el Registro por transcurso del término preciso y claro fijado a su vida, *no podrá oponerse al tercero de buena fe la extinción del derecho no cancelado (o vigente en el registro)*. Para él, consecuentemente, la inscripción no cancelada continúa vigente y produciendo efectos *como si se correspondiese con la realidad*. Por ello, si adquiere del que figura según ella como propietario, no podrá hacerse valer contra él que el derecho que aquella inscripción atribuye a su transmitente quedó total o parcialmente extinguido (modificado, diríamos mejor en este último caso) por una transmisión no registrada o una constitución de un gravamen no registrado. Si no puede alegarse frente a él tal extinción ni tal modificación,<sup>73</sup> lógicamente el título no inscrito no surte efecto contra él (art. 1858); el derecho extrarregistral no se entiende traspasado en su beneficio, y es él el que adquiere la propiedad (art. 1859) sobre la base de una inscripción que no es acorde a la realidad jurídica. Siempre que tenga buena fe. El Proyecto no define qué deba entenderse por buena fe, pero en el contexto del art. 1862 podría definirse como desconocimiento de que el derecho inscrito ha quedado extinguido por alguna causa no reflejada en el Registro. Y atendiendo a los principios generales del Derecho de cosas, creencia de que el transmitente es dueño y puede transferir su dominio.

---

<sup>73</sup> La norma que permite lo más, permite lo menos. Si se permite que la extinción del derecho sea inoponible al tercero de buena fe, con mayor motivo, se permitirá que sea inoponible la modificación del derecho no extinguido totalmente.

Nótese, además, que de acuerdo con el art. 1866. 1º, el tenedor del Registro debe practicar de oficio el asiento de cancelación de la inscripción del enajenante, *al mismo tiempo que se inscriba la mutación de propiedad en favor del que la adquiere*. Luego es evidente que una transmisión de propiedad es causa de extinción de un derecho inscrito y causa de cancelación de su inscripción. Es correcto pues el sentido que hemos dado al art. 1862.<sup>74</sup>

La analogía con el Código Prusiano resulta así patente.

Igualmente, la extinción de la hipoteca inscrita por haberse extinguido la obligación para cuya seguridad fue constituida, (arts. 1865.2º, en relación con los arts. 1817 y 1862) no puede hacerse valer contra el tercero de buena fe (que ignora tal extinción) si no figura registrada mediante la oportuna cancelación. Los actos de cesión o gravamen de la hipoteca extinguida, en favor de tercero de buena fe, son, por lo tanto, válidos, como afirmaba el Código Prusiano, o más exactamente, producen efectos por disposición legal.

Podemos concluir, por tanto, que el tercero contemplado en el Proyecto de Código Civil de 1851 fue un tercero germánico y que en dicho Proyecto había quedado ya consolidado el principio de fe pública registral, entonces principio de publicidad positiva, si bien expresado en un lenguaje más propio de un sistema de transcripción (Cfr.: art. 1862).<sup>75</sup> Tenía razón, entonces, GÓMEZ DE LA SERNA cuando afirmaba: "en el proyecto del Código civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán que es el que ha adoptado la nueva Ley hipotecaria. ...".<sup>76 77</sup>

<sup>74</sup> Art. 1866: "El tenedor del registro hará de oficio la cancelación, aunque no sea consentida unánimemente por las partes, ni ordenada por los tribunales, en los casos siguientes:

1.º Al mismo tiempo que se inscriba la mutación de propiedad en favor del que la adquiere, se cancelará la inscripción del que la enajena.

...  
3.º Todas las inscripciones del derecho hipotecario, y de cualquiera de los comprendidos en el artículo 1831, se cancelarán cuando se presente un título auténtico que justifique la confusión de la propiedad de los bienes gravados y del derecho inscrito sobre ellos en una misma persona.

... "  
<sup>75</sup> Como dicen ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, si bien refiriéndose a la Ley Hipotecaria de 1861.

<sup>76</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1862. Pág., 637, nota al

Estas palabras de GÓMEZ DE LA SERNA, desvirtuarían, a nuestro juicio, la posición dualista que en un trabajo reciente ha sostenido GORDILLO CAÑAS,<sup>78</sup> apoyándose, entre

pie.

77

Reproducimos a continuación el Comentario de LUZURIAGA al art. 1862 Proyecto de CC. 1851, que se conserva en las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA:

"La inscripción es un acto intimamente adherido al título constitutivo del derecho inscrito; *pero no por eso dejarán de ser dos cosas distintas*. Si los contrayentes convienen en que se tome la inscripción por un tiempo determinado, claro es que debe extinguirse á la espiración de este plazo, independientemente de la mayor duración del derecho á que se refiera, y entonces *no hay necesidad de cancelarla para que los terceros interesados puedan cerciorarse de que ha caducado, y de consiguiente, la extinción* [de la inscripción] *surte todos sus efectos por sí sola*. [sin necesidad de cancelación, la extinción de la inscripción perjudica a tercero de buena fe].

*No sucede esto en los demás casos* [de vida del derecho independiente de la inscripción. Por ejemplo, transmisión del derecho] y por lo mismo se hace preciso cancelar la inscripción [aún vigente] para que pueda ser opuesta á tercero [la extinción del derecho inscrito]. *En este sentido han declarado diferentes leyes hipotecarias que la inscripción es imprescriptible; y, sin decirlo así, viene a significar lo mismo el segundo párrafo de nuestro artículo 1862*. [La inscripción tiene vida propia independiente de las vicisitudes extrarregistrales del derecho inscrito y como tal, mientras no sea cancelada, proclama como propietario al que resulta tener este carácter por la última inscripción. (Cfr. : *Comentario al art. 1820*) en favor del tercero de buena fe]. Pero se engañaría el que creyera que por esto se alteran las reglas que sobre prescripciones se establecen en el título 24 de este libro, porque, si con arreglo á estas ha prescrito el derecho inscrito, el interesado puede obtener la cancelación con arreglo a los artículos 1864 y siguiente, y desde entonces [desde que se practique la cancelación, pero no antes] quedará estinguida la inscripción. La Ley Francesa la da por perimida, si no se renueva á los diez años; pero los juriscultos de aquel país han manifestado los muchos perjuicios á que esto ha dado lugar, y se han dividido en opiniones respecto de los medios que debían emplearse. El gobierno propuso que fuera indefinida la duración de las inscripciones, y la Asamblea, de conformidad con su comisión, decidió que sólo durase 30 años. Fundóse para esto en que no duran mas las acciones reales, *y es funesto, se decía, que, por evitar los inconvenientes de hacer necesaria la cancelación, figuren inscriptos derechos que han sido estinguidos; pero* si el registro ha de servir de asiento seguro para el crédito territorial, conviene que él sea la única pauta de los prestamistas para simplificar las diligencias con que han de adquirir la *confianza* [de que su título adquisitivo es irrevocable. Cfr.: Pág., 183] que les mueve a entregar su dinero; *si el obligado omite la cancelación, suya será la culpa*, siempre que en los reglamentos se fije una forma espedita y nada costosa para obtener y registrar aquel acto. El proyecto de ley ha procurado estas facilidades en cuanto está de parte del legislador, declarando que basta el allanamiento de las partes, *é imponiendo la obligación al tenedor del registro de cancelar de oficio la inscripción en todos los casos comprendidos en el art. 1866* [ Cfr.: especialmente el art. 1866.1º y 3º. Por lo tanto, la inscripción del transferente continúa con vida independiente, mientras no se inscriba la mutación de propiedad con la consiguiente cancelación de oficio. Culpa será del que no solicita la inscripción de mutación, y no da lugar a la cancelación de oficio, si no puede oponer al tercero de buena fe la extinción del derecho del transferente, no cancelado, que para tal tercero continúa en vigor y será fundamento de su buena fe. Como se dice en el comentario al artículo 1820, "Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de inmuebles, es consiguiente que en el registro público *no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción ...*". Cva. ntra. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo IV. Vol. 2º. Imprenta de la Sociedad Tipográfica - Editorial. Madrid, 1852. Pág., 227 y 212.

78

GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez - Picazo. Tomo III. Derechos Reales. 1ª Edición. Thomson - Civitas. 2003. Págs., 3887 a 3916.

otros argumentos, en textos de aquel hipotecarista, textos que hay que valorar en su conjunto.

Igualmente, con todo lo expuesto hasta ahora, habría quedado demostrado que no tiene razón la corriente dualista cuando ve en la intervención de BRAVO MURILLO en sesión de 21 de octubre de 1846, la adopción de un sistema de inscripción constitutiva en cuanto a tercero que luego habría pasado a la Ley Hipotecaria de 1861 (a su Exposición de Motivos y al art. 23). Como tampoco tendría razón la corriente dualista al considerar que los artículos 1858, 1859 y 1860 del Proyecto de Código Civil de 1851 adoptaban el principio de prioridad,<sup>79</sup> *pues tales artículos han de ser interpretados sistemáticamente en relación con el art. 1862, como se desprende de las notas contenidas en los trabajos de la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos.*

Muy al contrario, entendemos que los conocidos párrafos de la Exposición de Motivos de la LH. 1861, en los que se habla de la seguridad del tercero y se ejemplifica en la doble venta, deben ser interpretados con arreglo al espíritu que hemos visto impregnaba la reformada base 52ª para la redacción de un Proyecto de Código Civil; el Anteproyecto de LUZURIAGA de 1848, y los Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil de 1851.

"Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que *para los efectos de la seguridad de un tercero*, el dominio y los demás derechos reales *en tanto se considerarán constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro*, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo".

Es decir, el derecho antiguo [Partidas] sigue en vigor entre transmitente y adquirente cuando éste no publique su adquisición en el Registro; por lo que si media tradición precedida de título hábil, siendo dueño el transmitente, habrá traspaso de dominio. Pero el ordenamiento, que quiere proteger a los que confíen en la institución creada por él mismo para publicar las titularidades de los inmuebles, *fingirá que el dominio trasgado continúa en el transmitente*, si éste aparece en el Registro como dueño, *mientras el asiento que publique su*

<sup>79</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI, 1949. Nº 252. Pág., 300.

*titularidad no resulte extinguido por la inscripción de la transmisión operada.* El ordenamiento presumirá existente el dominio en el que aparezca como dueño en el Registro, en favor de un tercero que pueda contratar sobre la base del dominio publicado. *En tal sentido, el dominio no se considera traspasado para los efectos de la seguridad del tercero, en cuanto no conste su inscripción en el Registro, sino que se finge que aún existe en el titular registral aunque no sea así en la realidad.*<sup>80</sup> No es, pues, la doctrina de la propiedad relativa de FUNAIOLI lo que resulta de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, sino esta doctrina germánica proveniente del Proyecto de 1851 (arts. 1858, 1859, 1860 y 1862) y del Derecho Prusiano,<sup>81</sup> que fue recogida en los artículos 77 y 156 de la LH. 1861, complementarios de su art. 23.<sup>82</sup>

## **2. Demostración de que la finalidad del legislador, desde 1861, fue la de otorgar una especial protección a un único sujeto, tercero hipotecario o registral, reputando por tal al que adquiriría de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir**

Según NÚÑEZ LAGOS, de acuerdo con los documentos vistos por él en el archivo de la Comisión General de Codificación, presididos por CORTINA, los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 fueron GÓMEZ DE LA SERNA y CÁRDENAS.<sup>83</sup>

Pues bien, en la obra de GÓMEZ DE LA SERNA, redactor, además, de la Exposición de Motivos de dicha Ley, hemos encontrado numerosos textos de los cuales se desprende que el

<sup>80</sup> Cfr.: GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo II. 4ª Edición. ..., *Op. cit.* Págs., 280 y 281.

<sup>81</sup> Tendría así razón GIMÉNEZ ROIG cuando insiste en la inspiración prusiana de la LH. de 1861 y en que es más correcto interpretar los artículos 32 y 34 LH. vigente, en vez de con la clave alemana de 1896, con la clave prusiana de 1794, por haber sido el Código Civil prusiano de 1794 lo que tuvo en cuenta el legislador al redactar la LH. 1861 [no sólo *directamente*, decimos nosotros, sino también *a través* del Proyecto de Código Civil de 1851]. (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993. Págs., 215 y 221).

<sup>82</sup> Art. 77: "Las inscripciones no se estinguen en cuanto á tercero, sino por su cancelación ó por la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á otra persona."

Art. 156: "La hipoteca subsistirá en cuanto á tercero, mientras no se cancele su inscripción."

<sup>83</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro de la Propiedad Español*. RCDI, Marzo 1949. Nº 250, Págs., 140 y 141.

tercero contemplado por la Ley, esto es, el sujeto protegido por el sistema registral diseñado, es uno sólo, y que dicho tercero, a los efectos de la Ley, es un *causahabiente de un titular registral anterior*, que confió en la exactitud de lo publicado por el Registro.<sup>84</sup>

Dualistas como VILLARES PICO, NÚÑEZ LAGOS y GORDILLO CAÑAS<sup>85</sup> traen en apoyo de su tesis la persona o la obra de GÓMEZ DE LA SERNA. No ponemos en duda que este miembro de la Comisión de Codificación tuviese efectivamente influencias del sistema registral belga derivadas de sus contactos con profesores de Bruselas y con los redactores de la Ley Hipotecaria belga, a raíz de su exilio en Londres en 1843 y de sus viajes a Bruselas, como dice NÚÑEZ LAGOS.<sup>86</sup> Lo que si cuestionamos es que GÓMEZ DE LA SERNA comentase los artículos 17, 23, 25 y 26 de la ley "atento al principio de prioridad, en el sentido de *oponer* el título inscrito a los títulos que no lo fueron y que tuvieron la oportunidad de serlo" y que viese "... principalmente en los artículos 17, 23, 25 y 26 el principio de prioridad o de oponibilidad, fundamental en el sistema francés, viendo solamente en el artículo 34 el principio que hoy llamamos de fe pública registral", como afirma VILLARES PICO.<sup>87</sup> Creemos que sus textos son por sí mismos suficientemente elocuentes al respecto, y que además constituyen un poderoso indicio del espíritu germánico con que los redactores de la Ley formularon el art. 23.

<sup>84</sup> También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS cita la obra de GÓMEZ DE LA SERNA en apoyo de la tesis monista del tercero hipotecario. "Se trata, [ - dice - ] en este sistema de la LH. 1861, de proteger al tercero no por haber cumplido el simple formalismo de inscribir su adquisición, sino por haber *confiado* de buena fe, al adquirir, en que el Registro coincide con la realidad jurídica. Así aparece en la Exposición de Motivos y, *ampliamente, en GÓMEZ DE LA SERNA, La Ley Hipotecaria, I, sobre todo en págs., 567, 568, 579, 622, 634, 635, 655.*" (Cva. y negr. ntras.) (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Tercera edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág., 549, nota 8.) Nosotros, además de esas páginas, citamos las 525 y 526, 566, 569 y 570.

<sup>85</sup> Cfr.: GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario?. Hablen los autores del sistema*. Libro - Homenaje a Díez - Picazo. Págs., 3898 a 3906.

<sup>86</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro ...*, N.º 250. *Op. cit.. Loc. cit..* De tales influencias provendría, en opinión de este autor, según dijimos en el Capítulo III, el que años más tarde GÓMEZ DE LA SERNA tomase del sistema belga (ley de 16 de diciembre de 1851) el sistema de los artículos 23, 35, 36, 37 y 38 de la Ley Hipotecaria de 1861. Nosotros admitimos que GÓMEZ DE LA SERNA pudiese haber sufrido influencias del sistema hipotecario belga pero, sobre la base de sus textos, podemos negar que el art. 23 LH. 1861 fuese tomado por él de tal sistema.

<sup>87</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La posesión y el Registro*. RCDI, Julio - Agosto 1947. N.º 230-231. Págs., 438 y 439. Este autor cita también a GÓMEZ DE LA SERNA para apoyar su tesis de la inscripción constitutiva respecto de tercero hipotecario. (VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI, Mayo 1949. N.º 252. Pág., 299).

No volvemos a reproducir los textos del autor que ya transcribimos en el Capítulo Primero. Allí pudimos ver cómo el tercero del art. 23 LH. era una persona a la que no podía perjudicar el dominio no inscrito, por haber adquirido de quien en el Registro aparecía como titular de la finca comprada. Para el segundo comprador **"cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal *aparece inscrito en el registro*".** La afirmación de GÓMEZ DE LA SERNA no nos parece correcta en relación con la buena fe que ha de exigirse al segundo comprador, ni es hoy sostenible dado el art. 36 LH. vigente (que hay que poner en relación con los arts. 32 y 34 LH. y 1473.2 CC), pero desde luego, es significativa en lo relativo al tema que ahora dilucidamos.<sup>88</sup> **Al adquirente que inscribe, para no ser perjudicado por el título no inscrito, se le exige haber confiado en un contenido registral previo.**

Dejando, pues, los textos propiamente relativos al art. 23 LH. 1861, reproducimos a continuación otros textos que son igualmente significativos a la hora de demostrar que la finalidad del legislador, desde 1861, fue la de otorgar una especial protección a un único sujeto, tercero hipotecario o registral, reputando por tal al que adquiría de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir.

En el comentario al art. 17 de la LH.,<sup>89</sup> afirma: "... si bien esta disposición es nueva entre nosotros y tiene escasos precedentes en la legislación extranjera, no por eso es menos conveniente é importante: es una consecuencia rectamente deducida de la regla general de que el que inscribe un derecho se antepone al que dejó oportunamente de inscribir el que había adquirido la misma cosa. ¿Qué significaría la inscripción de dominio hecha por el primer adquirente despues que su derecho hubiera caducado por la inscripcion hecha á favor del que más diligente se anticipó á hacer constar en el registro el derecho con posterioridad adquirido?. Cuando el primer adquirente, en la hipótesis propuesta acude á inscribir ya no es

<sup>88</sup> En esta línea cabe citar la STS. 8 marzo de 2001 (RJA. 3975/2001), que como *ratio decidendi* del fallo, niega que se haya infringido el art. 34 LH. por la sentencia de instancia, que no otorgó la protección registral al ahora recurrente, porque éste "ante una casa habitada que había sido objeto de complicados avatares jurídicos, ... sabía o podía saber con sólo acudir a la misma, que había persona que era propietario por adquisición anterior, pese a la titularidad formal del Registro."

<sup>89</sup> Art. 17: "Inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble".



*el que le transmitió la cosa ó el derecho el que aparece en el registro como dueño, ó con la facultad de hacer la transmision: la inscripcion verificada en el intermedio la impide, porque en virtud de ella el segundo adquirente quedo reemplazando al que se la traspaso ...*"<sup>90</sup>

En el comentario a los artículos 25<sup>91</sup> y 26<sup>92</sup> es de destacar el siguiente párrafo: "La disposición de este artículo [art. 25], lo mismo que las del 26 y 28,<sup>93</sup> es en realidad complemento del art. 23, según el cual título no inscrito no puede perjudicar á tercero. Consecuencia necesaria de esto es que no surta efecto contra el que no intervino en el acto ó contrato hasta el tiempo mismo en que se inscriba. De otro modo se quebrantaria el principio de publicidad, que es la base fundamental de la Ley hipotecaria, y á pesar de toda la diligencia que empleara el adquirente, ó aquel que constituyera á su favor un derecho real, *podría ser defraudado por la mala fé del que apareciera como dueño en el registro*. Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo la garantia de las leyes adquirió lo que, *según el registro pertenecía al que ya había enajenado*, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma á cuantos acudieran al registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fé, dejó de hacerlo, y dió lugar al segundo contrato"<sup>94 95</sup>

<sup>90</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1862. Págs., 525 y 526.

El autor continua diciendo: "La inscripción de las adquisiciones caducadas de este modo para nada serviría al primer adquirente que no podría impugnar con ella la segunda adquisicion ni su preferencia, y solo sería una especie de amenaza a los que en adelante quisieran comprar la finca ó adquirir sobre ella algun otro derecho real, que creerían ver en la inscripción ociosa peligros que tal vez les hicieran desistir de su propósito. Si en el registro constaran las dos trasferencias de dominio, **no sirviendo aquél para designar al que la Ley califica de dueño de la cosa** [he aquí formulado el principio de legitimación registral] se daría lugar á que se dudara cuál era el verdadero, y quedaría allí perpétuamente escrita la duda, de lo que resultaría que las personas asustadizas, y suelen serlo todos los que adquieren y prestan, temerían comprar pleitos en lugar de derechos claros y definidos. Por último, si debe negarse la inscripción cuando no consta que el enajenante es dueño ó que tiene facultad de disponer de lo que cede ó grava, **no hay motivo ninguno para esceptuar de esta regla al que habiendo tenido antes el derecho, lo perdió y por lo tanto no puede disponer de la cosa**".

<sup>91</sup> Art. 25: "Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de la inscripción".

<sup>92</sup> Art. 26: " Para determinar la preferencia entre dos ó mas inscripciones de una misma fecha, relativas á una misma finca, se atenderá á la hora de la presentación en el registro, de los títulos respectivos".

<sup>93</sup> Art. 28: "Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta debe producir, la fecha del asiento de presentacion, que deberá constar en la inscripción misma."

<sup>94</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada ... Op. cit.* Pág., 579.

Más adelante, al comentar el art. 38 de la Ley, y concretamente la expresión del mismo “en perjuicio de tercero” hace LASERNA una exposición fundamental del concepto de tercero del siguiente modo: “... Según hemos muchas veces dicho, la Ley Hipotecaria en nada altera los efectos de las obligaciones entre los contrayentes; solo trata de evitar perjuicios *al tercero, que con buena fé y fiado en la exactitud del registro, es inducido á error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente*”.<sup>96</sup>

Resulta indudable, tras leer estos textos, que en el pensamiento del legislador de 1861 el no ser perjudicado el tercero por títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos en el Registro, estaba vinculado, o mejor, supeditado, a la confianza en una inscripción registral previa: aquélla que otorgaba una apariencia de legitimación a su transmitente, como dueño de la cosa o titular del derecho. En consecuencia, no es posible entender que la LH. 1861 configuró dos terceros distintos en los arts. 23 y 34, el primero de los cuales, sería protegido por el mero hecho de su inscripción. Tal tercero denominado "tradicional" fue inexistente en el originario sistema hipotecario. El legislador de 1861 no fue el más dualista de los legisladores hipotecarios españoles, como se ha dicho. Fue un legislador monista que pretendió configurar una protección en favor de aquél que confiara en la exactitud de los asientos del Registro.

No solo de los textos de GÓMEZ DE LASERNA, sino de una lectura detenida de la LH. 1861, pueden extraerse tales conclusiones.

De acuerdo con el art. 27 de la Ley Hipotecaria de 1861, *a los efectos de la misma*, tercero es el que no ha intervenido en el acto o contrato *ya inscrito y publicado por el*

<sup>95</sup> GIMÉNEZ ROIG ve en el artículo 25 LH. 1861 el origen y precedente del actual art. 38 LH.. Lo inscrito - dice - perjudicaba a todo tercero, inscrito o no inscrito. La inscripción registral producía un efecto probatorio y de fehaciencia que no podía ser ignorado ni por tercero inscrito, que no podía alegar desconocimiento del historial jurídico de la finca, ni por tercero no inscrito, que no podía alegar tampoco desconocimiento ante la exhibición de certificación registral. (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva*, ... *Op. cit.*, Págs., 222 y 223.). En cambio, SANZ FERNÁNDEZ y el mismo GÓMEZ DE LA SERNA ven en este precepto el aspecto positivo del principio de fe pública registral, como eficacia de los asientos frente al tercero hipotecario (lo inscrito perjudica a tercero). (Cfr.: SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 375 a 377).

<sup>96</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada* ... *Op. cit.* Pág., 655.

*Registro*. Puesto dicho precepto en relación con el art. 23 de la misma, resulta que es imprescindible la existencia previa de un acto o contrato inscrito, para que se pueda hablar de tercero y sea éste protegido frente a los títulos traslativos del dominio o constitutivos de derechos reales no inscritos.<sup>97</sup>

Es cierto que el tercero del art. 23 en relación con el art. 27, lo es *también* respecto de los títulos no inscritos, pero ello *no por aplicación de los singulares preceptos de la Ley Hipotecaria, sino por simple aplicación de los principios generales del Derecho Civil*. Con arreglo a éstos, inscriba o no su propio título, será tercero con relación a otro título anterior otorgado por el mismo o distinto causante. Pero sólo si adquiere de quien figura en el Registro como propietario e inscribe, sujetándose a la LH., podrá ser tercero *respecto al asiento previo*, como exige el art. 27, es decir, tercero de la Ley Hipotecaria o tercero hipotecario.

No es lógico imaginar que un precepto definidor del tercero, como el art. 27 de la LH. de 1861, fuese a referirse a un tercero extrarregistral, como parece entender GARCÍA GARCÍA.<sup>98</sup> Una ley dirigida a regular el Registro de la Propiedad, debía por fuerza referirse a un tercero que entraba en contacto con el mismo, lo cual se produce propiamente por la inscripción.<sup>99</sup> Por lo tanto, tercero era aquel que inscribía un acto o contrato sin haber intervenido en un anterior acto o contrato inscrito. Es decir, un adquirente de un titular registral anterior. Esta definición del tercero protegido por la Ley Hipotecaria puede encontrarse casi idéntica en GÓMEZ DE LA SERNA, quien en un momento de su comentario al art. 34 LH. 1861 afirma que "solo es tercero aquel que

<sup>97</sup> PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del C.c.* en la obra del Ministerio de Justicia: *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz - Ares Rodríguez, Luis Díez - Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch. Tomo I. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993. Págs., 1533 y 1534.

En el mismo sentido, GIMÉNEZ ROIG. *Compraventa transmisiva ...*, *Op. cit.* Pág., 194. GIMÉNEZ ROIG sostiene la inspiración prusiana de la LH. de 1861, *que trata de proteger al que es tercero respecto al previo contenido registral del folio real*. Entiende que el art. 23 LH. debe ser completado con el art. 27 y 20 de la misma. De la conjunción de los tres artículos se desprendería que el tercero a que protege la ley es un causahabiente de un titular registral.

<sup>98</sup> Cfr.: GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 57, donde ve en el tercero del art. 27, el tercero civil (extrarregistral), perjudicado por la inscripción del tercero latino del art. 23.

<sup>99</sup> Como dice GARCÍA GARCÍA, si bien para sostener otra argumentación diversa.

no habiendo intervenido en el acto ó contrato anterior inscrito, ha celebrado sin embargo otro acto ó contrato lícito que se ha inscrito con posterioridad ...".<sup>100</sup>

Así pues, de acuerdo con estas premisas, y recordando las palabras del ministro NEGRETE que hablaba de una fuerte influencia germánica adaptada al caso español, podemos concluir que el tercero a que se refería el art. 23 LH. 1861 no era un simple tercero determinado por los principios del Derecho Civil que se anticipaba a inscribir un título en su favor, sino evidentemente, un tercero técnicamente definido por la Ley mediante el cumplimiento de determinados requisitos, y a los efectos de la misma, esto es, a los efectos de las singulares protecciones y ventajas otorgadas por la inscripción.

*Por otro lado, si, como se ha dicho, el tercero de la ley francesa de Transcripción de 23 de marzo de 1855, era el que no había sido parte en un acto o contrato no transcrito, es evidente que dicho tercero era distinto del tercero contemplado por la Ley Hipotecaria y sus artículos 27 y 23, y en consecuencia que nuestro sistema estaba diametralmente alejado de aquél.*

### **3. Demostración de que, tanto el art. 23, como el art. 34 LH. de 1861, fueron inicialmente objeto de polémica.**

No parece ser cierto que en el mundo científico - jurídico hubiese habido unanimidad en la aceptación del art. 23 de la LH., por un lado, y polémica en torno al art. 34, por otro. Parecería, contrariamente, que también el art. 23 LH. fue, desde el nacimiento del moderno sistema hipotecario, objeto de críticas. Así, por CARDELLACH, ORTIZ DE ZÁRATE y GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA.

Sobre la postura de ORTIZ DE ZÁRATE no volveremos, pues ya dejamos constancia en el Capítulo Primero, de su sorpresa, por lo menos, ante el principio de protección al tercero con preferencia al verdadero dueño.

---

<sup>100</sup>GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada ... Op. cit.* Pág., 634, razón 4ª.

En cuanto a CARDELLACH, en el transcurso de la polémica que sostuvo con GÓMEZ DE LA SERNA y otros (OLLER Y BORRÁS, POU, COLL DE ÁLVAREZ, HERMENEGILDO MARÍA RUIZ ...) sobre que el art. 34 LH. 1861 protegía, en perjuicio del verdadero propietario, al tercero que adquiriría de un causante publicado como dueño por el Registro, por virtud de un título falso,<sup>101</sup> dijo:

"... en todo caso se verifica relegación absoluta de la Ley de los medios de alcanzar justicia contra terceros.

¿Pero qué extraño es que se sancione este principio cuando la Ley misma despoja al comprador que ha pagado un precio y a ha sido investido en la posesión real por el mismo vendedor, si otro antes que él registra su título de adquisición? ..." y concluye diciendo que sin retirar los principios cardinales de la Ley, no es posible contener los robos de la propiedad.<sup>102</sup>

CARDELLACH no veía, pues, con buenos ojos, la protección de la propiedad de los terceros adquirentes, en perjuicio de "la propiedad primaria, de la que descansa en el derecho natural y que se posee con justo título".<sup>103</sup>

Es más, con motivo de la polémica que inició CARDELLACH, se produjo un fuerte ataque en un periódico jurídico a la totalidad de la Ley Hipotecaria, y por lo tanto a su artículo 23, como reconoce el propio GÓMEZ DE LA SERNA:

"En esta polémica, ... no se ha limitado la cuestion promovida por el Sr. CARDELLACH á la inteligencia de los artículos 33 y 34 de la Ley hipotecaria. Alguno de los contendientes ha entrado decididamente en otro terreno: ha manifestado su opinion poco favorable á la ley, porque cree que en ella domina el interés económico sobre el civil, que ha introducido cambios inmotivados en nuestro derecho antiguo, que ha confundido nuestras instituciones haciéndolas inarmónicas y que no ha consultado suficientemente los derechos creados á la sombra de nuestras leyes seculares. Este ataque no es á determinados artículos de la ley, es á toda ella; es

---

<sup>101</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada ...*, Tomo I. *Op. cit.* Pág., 623 y ss..

<sup>102</sup> Artículo publicado en la revista *El Foro*, (Citado por GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada ...*, Tomo I. Nota b), Pág., 630).

<sup>103</sup> Artículo publicado en la revista *El Foro*, (Citado por GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...*, Tomo I. Nota b), Pág., 629).

á los principios en que descansa; es á la oportunidad que se le niega; es á la injusticia que se le atribuye..."<sup>104 105</sup>

<sup>104</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...*, Tomo I. *Op. cit.* Pág., 636.

<sup>105</sup> La polémica sobre si la Ley Hipotecaria protegía o no al tercero hipotecario frente al título falso de su otorgante, en perjuicio del verdadero dueño que tenía su título de dominio inscrito en el Registro, fue planteada por PABLO CARDELLACH en el artículo "*Una duda sobre la Ley Hipotecaria*", publicado en la Revista "El Foro" de Barcelona. CARDELLACH interpretaba el art. 34 LH. 1861, en este trabajo, en el sentido de que el mencionado precepto si que otorgaba tal protección, fuese además el tercero hipotecario de buena o mala fe. La cuestión se presentó en los siguientes términos por el autor: "« Usando del derecho que á todos concede la Ley hipotecaria ... un perdido A, se presenta en el registro y toma nota puntual de la designación de la heredad X, y de los títulos con que aparece registrada, ó si no, solicita una certificación del estado de aquella finca, y el registrador se la libra literal. Con estos antecedentes se forja una escritura de venta, estendida con todas las solemnidades que la ley requiere, imita el signo de un escribano, la presenta al registro, y obtiene su título registrado.

Nada ha conseguido todavía, porque segun el art. 33 de la ley ' la inscripción no convalida los actos ó contratos inscritos, que sean nulos con arreglo á las leyes '. Pero se confabula con otro malvado B, y le vende la heredad X, presentándole el título de su adquisición, registrado, y además una certificación del registrador, de no hallarse gravada aquella finca por A, que aparece ser su legítimo dueño. B registra su nuevo título y con él en la mano se presenta en la heredad X y quiere echar de ella á su verdadero dueño, que está muy distante de saber el enredo que contra él se ha fraguado. ¿De quién es, por tanto, la heredad?.

La ley previene terminantemente, en su artículo 34, que ' los actos ó contratos que se otorguen por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro '. Por consiguiente, si queda válido el traspaso hecho á un tercero, válidas también serán sus consecuencias, y ese tercero echará de su casa al verdadero dueño de la hacienda, víctima de un acto criminal. Es verdad que al forjador de la venta A se le demandará en juicio y se fallará la nulidad de aquella venta falsa; pero el dueño habrá perdido su heredad, y el segundo comprador B, participe en la culpa ó inocente, gozará en paz de unos bienes robados. >>" (GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...*, Tomo I. *Op. cit.* Págs., 623 y 624.)

Un nutrido grupo de escritores impugnó esta interpretación del art. 34 LH. hecha por CARDELLACH, prevaleciendo en la doctrina la interpretación de éstos. En esencia, esta interpretación venía a desvincular los párrafos 1º y 2º del art. 34 LH. 1861, señalando, que el primero, *nada decía de los títulos anteriormente inscritos*, y que el segundo, implícitamente reconocía que el título anterior inscrito (el del verdadero dueño) no se extinguía por el posterior inscrito que no fuese legítimo para este efecto, pudiéndose invalidar éste (el título ilegítimo del falsificador) en perjuicio de tercero (incluso de buena fe), y quedando, por lo tanto, protegido el derecho del verdadero dueño *inscrito*. (Cfr.: GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada...*, Tomo I. *Op. cit.* Págs., 634 y 635 y SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Un aspecto de la fe pública registral. Sobre una interpretación equivocada del artículo 34 de la ley*). RDP, 1945. Nº 337. Pág., 229.)

Esta interpretación, como dice SANZ FERNÁNDEZ (Ibídem), fue la acogida oficialmente por la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1869 en la que se afirmó acerca del art. 34 que ".... no fué bien entendido por algunos, quienes llegaron á creer y á decir que la ley expone á graves peligros á la propiedad inmueble, porque el propietario puede ser despojado de los bienes que haya inscrito si otro falsifica un título que destruya su derecho." A continuación de estas palabras, se explica cómo debe ser entendido el art. 34. Si el Registro revela las causas de anularse o resolverse el derecho del transferente que aparece como titular en el Registro, el que haya adquirido de éste "no puede quejarse si se ve perjudicado porque soliciten la declaración de nulidad, bien los que tengan inscrito su título, bien los que no le hayan inscrito. Pero si el Registro no da á conocer dichas causas, debe ya distinguirse ... " entre quienes han dado publicidad a sus títulos, que pueden reclamar sus bienes en perjuicio de tercero hipotecario, con arreglo al derecho común, y los que no han dado publicidad a los mismos, que no pueden hacer valer su título no inscrito, "para destruir en perjuicio de tercero otro título inscrito aunque sea ilegítimo."

Admitida esta interpretación del art. 34 LH. 1861, la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1869 presentaba la modificación del art. 34 LH y la adopción del sistema de notificaciones como un

mecanismo de ampliación de la protección al tercero hipotecario. Éste podía solicitar que la inscripción de su adquisición fuese notificada a los anteriores adquirentes que en los 20 años previos hubiesen poseído, *según el Registro*, los mismos bienes. Si éstos, en un plazo de 30 días, no interponían demanda que pudiese invalidar la inscripción notificada, no podrían ya hacer valer su derecho frente al tercero hipotecario, aunque la inscripción anterior (la del transferente) *procediese de un título nulo o falso*. Para la seguridad del crédito territorial, unas acciones que por derecho común duraban muchos años eran limitadas en su duración a 30 días, si mediaba la dicha notificación. (Cfr.: Exposición de Motivos de la Ley de 21 de diciembre de 1869).

Expuesta toda la problemática suscitada cabe que nos hagamos la siguiente pregunta: **¿Qué interpretación del art. 34 LH. 1861 había sabido descubrir la *mens legislatoris*?**

SANZ FERNÁNDEZ, en el artículo que hemos citado arriba (escrito como réplica al trabajo de PELAYO HORE, *La reforma hipotecaria. El artículo 34*. RDP, 1945. N.º 336, Págs., 145 a 150), sostiene que la protección del tercero hipotecario frente al título falso o nulo *fue querida por el legislador de 1861*, pudiéndose ejercitar frente al mismo acciones derivadas de títulos inscritos, *pero siempre que la causa de nulidad, resolución o rescisión resultase del Registro. En caso contrario, (como ocurría por ejemplo, en caso de falsedad del título del otorgante, en que la causa de nulidad no resulta del Registro) el tercero hipotecario era protegido*. Precisamente porque éste era el espíritu de la LH. de 1861 fue por lo que se planteó la polémica doctrinal en torno al título falso iniciada por CARDELLACH. Ante la polémica suscitada (la injusticia de proteger al tercer adquirente de un enajenante falsario, frente al verdadero dueño inscrito burlado por el falsificador), algunos desvirtuaron la correcta interpretación del texto de 1861 "estimando que, en virtud de título inscrito anteriormente, se puede invalidar la adquisición posterior *sin necesidad de que consten claramente en el Registro las causas de la misma*. [Se refiere a las causas de la invalidación] *Esta interpretación, que en definitiva era una violación clara y patente del artículo 34, prosperó, y en ella se fundó la ley de 1869*". (SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Un aspecto de la fe pública registral. Sobre una interpretación equivocada del artículo 34 de la ley*). RDP, 1945. N.º 337. Págs., 228 y 229. Cva y negr. ntras.) Se trataba de una interpretación literal del art. 34.2 LH. 1861, sin relacionarlo con el art. 34.1 y 36 y 37, que cambiaba el sentido del artículo 34 y creaba una contradicción absoluta entre sus párrafos primero y segundo. (SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs. 393, 394 y 396)

Desde la perspectiva de SANZ, pues, la reforma de 1869, contrariamente a lo que se afirmaba en la Exposición de Motivos, habría *reducido* la protección que inicialmente se pensaba dispensar al tercero hipotecario, al admitir oficialmente la interpretación de la mayoría de la doctrina. La nulidad de un título o su falsedad surtiría efectos contra el tercero hipotecario, *aunque la causa de nulidad no constase claramente en el Registro, salvo si se había hecho la notificación*.

En nuestra opinión, la "correcta interpretación" de la LH. 1861, (correcta en el sentido de "adecuada a la *mens legislatoris*"), en lo relativo a la protección del tercero hipotecario frente al título falso del transmitente, es la que inicialmente esbozó CARDELLACH (salvo en lo relativo a que la protección se extendía al tercero hipotecario de mala fe) e indica SANZ FERNÁNDEZ.. Sustentamos esta opinión sobre la base de los textos de la Memoria Histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación.

En los mismos puede leerse cómo el Gobierno, en 1869, dio a conocer a la Comisión un proyecto de ley de reforma de la Ley Hipotecaria, redactado por la Dirección del Registro, en el que se venía a recoger las disposiciones de un proyecto anterior redactado por la Comisión y se introducían algunas reformas. "La Comisión verbalmente consultada sobre este proyecto, aceptó casi todas sus disposiciones, pero no sin manifestar los defectos que notaba en algunas y particularmente la que tenía por objeto *adicionar con una restricción importante el artículo 34 de la Ley*. Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley, había sido objeto de varias impugnaciones. *Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su derecho inscrito en el registro, contra el peligro de ser perjudicado, si éste derecho llegara á resolverse en virtud de título no inscrito en el tiempo en que contrató, ó de causas que no resultaren del mismo registro. ... Con la adición que después se ha hecho al artículo 34, ... las causas de resolución de los derechos inscritos se multiplican de un modo indeterminado, y del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés mixto de publicidad con efectos limitados, y sin eficacia verdadera, á menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso*

De ahí que RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL haya podido afirmar que la Ley Hipotecaria fue acogida en España "desde su promulgación con recelo e incluso con mal encubierta hostilidad"<sup>106</sup> y que PAU PEDRÓN recuerde que BIENVENIDO OLIVER narró en su día cómo varios diputados a Cortes llegaron a pedir la derogación de la Ley de 1861, e igualmente haga memoria de que este autor del siglo XIX puso de relieve la antipatía con que fue acogida la Ley, antipatía que "llegó a convertirse en verdadero odio a la misma".<sup>107</sup>

Finalmente, GALINDO DE VERA y ESCOSURA y ESCOSURA, en palabras vertidas al inicio de su comentario del artículo 23 LH., (criticando, con razón, que GÓMEZ DE LA SERNA considerase más rigurosa la Pragmática de 1539, que la propia Ley Hipotecaria, porque, efectivamente, tal apreciación de GÓMEZ DE LA SERNA no era correcta), asoman igualmente una impugnación del sistema que instauraba dicho artículo.

---

..." (Cva. y negr. ntras). (*Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de Cárdenas, Vocal de ella, y seguida de varios Apéndices que comprenden muchos informes, exposiciones y proyectos inéditos de la misma Comisión.* Publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1871. Págs., 170, 171 y 173. )

De estas palabras de la Comisión resulta claramente que la reforma de 1869 en el art. 34 fue *realmente restrictiva, y no ampliativa, del sistema creado inicialmente por la Comisión*, (idéntico, entonces, al actual); y resulta, igualmente, la veracidad de la interpretación de SANZ, y la razón que asistía a CARDELLACH en sus críticas a la Ley Hipotecaria de 1861, (salvo en cuanto a que la Ley protegiese al tercero de mala fe.) Tales críticas (y otras vertidas a la totalidad del sistema hipotecario) fueron, efectivamente, las que produjeron, *ante la alarma creada con razón*, una interpretación no conforme con la verdadera *mens legislatoris*, pero que *suavizaba el alcance de la Ley*, y las que motivaron la *aceptación oficial* de dicha interpretación en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1869, unida, por otro lado, a la introducción del sistema de notificaciones para dar mayores garantías al crédito hipotecario. (Sobre la problemática que hemos tratado aquí, puede verse también, SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 391 a 398.)

Antes de cerrar esta nota, queremos traer a colación una opinión de GARCÍA GARCÍA que compartimos plenamente y que consiste en que el sistema de las notificaciones, suprimido en la reforma hipotecaria de 1944 - 46, *debió de haberse mantenido* a efectos de que el titular registral anterior obtuviese protección frente a títulos falsos. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario...*, Tomo II. *Op. cit.* Págs., 242 y 246). También es crítico con la supresión del sistema de notificaciones, PELAYO HORE. (*Pelayo Hore La reforma hipotecaria. ...*, *Op. cit.*)

Que la fe pública registral estuvo formulada en la LH. 1861 sin sujeción al sistema de notificaciones también lo pone de manifiesto GORDILLO CAÑAS. (GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario?. Hablen los autores del sistema*. Libro - Homenaje a Díez - Picazo. Págs., 3893 a 3895).

<sup>106</sup> DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976, Pág. 639.

<sup>107</sup> PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 5 de Julio de 1991. Pág., 3370.



Dicen: "Prescinde [GÓMEZ DE LA SERNA] de que aquélla [la Pragmática de 1539] limitaba su acción á los contratos en que se imponían gravámenes á las fincas y no se registraban; cosa que la razón dicta, porque tiende á remediar estelionatos que de otra manera no podrían evitarse, por más precauciones que se tomaran; *mientras que al extender la LH. el precepto á todos los contratos, castiga con la pérdida del derecho, la negligencia ó la dificultad de inscribir, sin más objeto que hacer constar oficialmente la certeza del dominio en el que figura como dueño; cosa de que con mediana diligencia podría enterarse el comprador.*" <sup>108</sup> (Cva. y negr. ntras).

**4. Demostración de que tanto el art. 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, como el art. 23 de la misma, tuvieron un plazo de suspensión inicial de un año, a contar desde la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, plazo que fue objeto de sucesivas prórrogas, en forma paralela, por idénticas normas, hasta el 31 de diciembre de 1874.**

GARCÍA GARCÍA parece dar como argumento, para sostener la distinción desde sus orígenes entre los arts. 32 y 34 de la LH., el hecho de que el art. 34 LH. de 1861 "... *no tenía vigencia, a diferencia del art. 23, hasta pasado un tiempo que se señaló de un año y que luego se aplazó por más tiempo.*" (Cva. y negr. ntras.) <sup>109</sup>

GARCÍA GARCÍA se refiere al párrafo 3º del art. 34 LH. de 1861 en el que expresamente se decía: "Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año despues que empiece á regir la presente Ley ...".

En igual sentido se manifiesta MANUEL GÓMEZ GÓMEZ: "Y que se trata de cosas distintas nos invita también a pensarlo el hecho de que el artículo 34 experimentó un aplazamiento en su vigencia de varios años, **lo que no sucedió respecto del artículo 23. Esto no sería lógico si se piensa como ROCA, pues lo accesorio debe seguir la suerte de lo**

<sup>108</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. 4ª Edición. Corregida, aumentada y arreglada al Código civil vigente por D. Rafael de la Escosura y Escosura. Tomo II. Madrid. Reimpreso en 1903. Pág., 279 y 280.

<sup>109</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral ...*, Tomo II. *Op. cit.*. Pág., 58.

**principal.** En cambio, no presenta dificultad si se opina que es precisamente el artículo 23 la doctrina general y normal y el 34 lo excepcional y particular". <sup>110</sup> También AMORÓS GUARDIOLA señala como diferencia entre los artículos 32 y 34 su distinta eficacia social. Dice que **el antiguo artículo 23 se aplicó desde el principio**, mientras que el 34 sólo entró en juego después de sucesivos aplazamientos. <sup>111</sup> (Negr. ntra.)

Sin embargo, hemos podido constatar que *también* el art. 23 de la LH de 1861 estuvo en suspenso, por previsión de la propia LH., durante el mencionado plazo de un año (a contar desde la entrada en vigor de la Ley, que se fijó en 1 de enero de 1863) <sup>112</sup> y que tal suspensión se prorrogó, al igual que la del art. 34, hasta el 31 de diciembre de 1874, siendo el 1 de enero de 1875, cuando, cesando la suspensión de los arts. 23, 34, 17 y otros concordantes, entró en pleno vigor la Ley Hipotecaria.

Demostraremos, pues, a continuación, que la LH de 1861 previó un plazo inicial de suspensión por un año para el art. 23, *si bien en un precepto distinto pero concordante*; que tal suspensión y la prevista en el art. 34.3º, *guardaban relación entre sí* (coherencia lógica y sistemática) y que la suspensión de ambos preceptos fue *paralela*. **Y a través de todo ello, en definitiva, pondremos de manifiesto su estrecha relación e interdependencia.**

"Este artículo [el 23] - dicen GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA - estuvo suspenso durante el plazo de un año, a contar desde el día de la promulgación de la Ley de 8 de febrero de 1861, **en virtud de lo dispuesto en el art. 391 de la misma**; plazo que se fue prorrogando por Decretos de 29 de diciembre de 1863, 19 de diciembre de 1865; art. 389 de la Ley Hipotecaria vigente [se refiere a la de 1869], art. 1º de la Ley de 3 de julio de 1871 y 2º

<sup>110</sup> GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *En torno a la polémica Carretero-Roca*. RCDI, marzo-abril de 1966, núm. 453. Pág., 379 y ss.. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 161).

<sup>111</sup> AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*. RCDI, 1967, Pág., 1536. (Citado por AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL y JUAN ROCA, JUAN. *Comentarios al Código Civil...*, *Op. cit.* Pág., 285).

<sup>112</sup> Fue el Real Decreto de 11 de Julio de 1862, el que ordenó que la Ley Hipotecaria de 8 - II - 1861 y el reglamento para su ejecución de 21 - VI - 1861, comenzasen a regir el 1 de enero de 1863. (*Colección Legislativa. Continuación de la Colección de Decretos*. 1862, Tomo II, 2º semestre. Págs., 23 a 26).

de la de 29 de agosto de 1873 y que hoy debe considerarse terminado; porque con arreglo á esta última Ley, sólo se prorrogó hasta 31 de diciembre de 1874". (Negr. ntra.)<sup>113</sup>

Trataremos de explicar estas afirmaciones. En efecto, los arts. 389 y 391 de la LH. de 1861 suspendían, por un plazo inicial de un año, la aplicación de los artículos 23 y 25.

Se pretendía con ello atraer a los Registros de la Propiedad, creados por la LH, todos los títulos de que no se hubiese tomado razón en las antiguas Contadurías de Hipotecas, otorgando para ello, especiales beneficios, no sólo relativos al pago de aranceles e impuestos, sino **relativos a la eficacia de las inscripciones practicadas**.<sup>114</sup>

El art. 389 permitía la inscripción de los derechos reales que hubiesen sido adquiridos *antes* de la fecha de promulgación y entrada en vigor de la Ley (*1 de enero de 1863*) en el plazo de *un año* a contar desde dicha fecha. Por su parte, el art. 391 permitía que **los efectos de las inscripciones de dichos derechos se retrotrajesen a la fecha de adquisición de los mismos**, pudiendo entonces perjudicar al tercero de que hablaba el art. 23.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*. Tomo II. Imprenta de la Rifa "Escuelas Católicas". Madrid, 1880. Pág., 409

<sup>114</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo IV. 4ª Edición. Corregida, aumentada y arreglada al Código civil vigente por D. Rafael de la Escosura y Escosura. Madrid. Reimpreso en 1903. Pág., 552 y ss.

<sup>115</sup> Art. 391 LH. 1861: "Las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año [el del art. 389], conforme á lo dispuesto en los dos anteriores artículos, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones ó gravámenes á que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición.

Si constare tal derecho en los títulos, se retrotraerán los efectos de la inscripción á la fecha en que se haya adquirido por el dueño".

El texto del art. 391 era un tanto confuso, como pusieron de manifiesto GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA. Desde luego, hablaba de retroacción de los efectos de la inscripción de derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863, que era lo que implicaba propiamente, suspensión del art. 23 y 25 LH, posible perjuicio a tercero que hubiese inscrito antes y beneficio para el titular que había permanecido al margen de la Contaduría de Hipotecas. El título posteriormente inscrito, podría perjudicar al tercero del art. 23, como consecuencia de tal retroacción mencionada. Ahora bien, ¿a qué fecha preveía el art. 391, que se produjese la retroacción?

Según SOLER Y CASTELLÓ ("*Diccionario de la legislación hipotecaria y notarial de España y Ultramar*". Tomo II. Librería Católica de S. José. Madrid, 1884. Pág., 223), parecería que **a la fecha de otorgamiento del título que, en virtud de la suspensión, se inscribía**.

Según GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA, el art. 391, parecería prever una retroacción de los efectos de la inscripción **a la fecha de adquisición, si del título de propiedad presentado se desprende, la manifestación del transmitente de haber adquirido él el derecho que transmite, por el título que fuese**. De lo contrario, la inscripción del derecho surtiría efectos desde su fecha. Pero tal interpretación, que haría depender la fecha desde la cual había de surtir efecto la inscripción, de una *declaración ajena en la escritura*, no la encuentran razonable los mencionados autores, que terminan confesando, no comprender bien la

Así por ejemplo, en caso de doble enajenación de una finca, por una persona que tuviese inscrito el dominio de la misma a su favor en los Libros de la antigua Contaduría, habiéndose realizado una de las enajenaciones antes del 1 de enero de 1863, pero no siendo inscrita, y la otra, con posterioridad al 1 de enero de 1863, siendo inscrita. Aquélla primera enajenación podría acceder al Registro después que la segunda, sin que ésta se lo impidiese, perjudicando al tercero del art. 23.

Posteriormente, el Real Decreto de 29 de diciembre de 1863 prorrogó por 2 años más, a contar desde el 1 de enero de 1864, el plan señalado por los referidos artículos 389 y 391 y por los arts. 390, 392, 393 y demás de la Ley Hipotecaria y del Reglamento de 21 de junio de 1861, relativos a la inscripción de títulos anteriores a 1 de enero de 1863.

El Real Decreto de 19 de diciembre de 1865 <sup>116</sup> volvió a ampliar dicha prórroga hasta que se dictase la disposición legislativa correspondiente. Llegada la reformada Ley Hipotecaria

---

distinción hecha en los párrafos 1º y 2º del art. 391. (GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo IV. 4ª Edición..., *Op. cit.* Pág., 552 a 555).

Con independencia de que fuese o no razonable hacer depender los efectos de una inscripción de una declaración ajena vertida en la escritura presentada, lo indudable es que en la voluntad del legislador existió el ánimo de suspender la aplicación del art. 23, retrotrayendo los efectos de las inscripciones de títulos antiguos, a la fecha de los mismos. Y prueba de ello son los siguientes párrafos de la Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, redactada por FRANCISCO CÁRDENAS:

"La ley [de 21 de diciembre de 1869] señaló un nuevo plazo, como había señalado otros el Gobierno para la inscripción de los títulos anteriores á ella: también permitió estas inscripciones en todo tiempo, pero con la diferencia de que así como las primeras habían de surtir su *efecto contra tercero desde la fecha del título*, si el derecho constaba en el mismo, así las segundas no habían de producir tal efecto, sino desde su propia fecha". (*Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de Cárdenas, Vocal de ella, y seguida de varios Apéndices que comprenden muchos informes, exposiciones y proyectos inéditos de la misma Comisión*. Publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1871. Pág., 150).

En la misma obra, más adelante, hablando de los primeros momentos de vida de la Ley Hipotecaria y de las dificultades que tenían los registradores para saber el estado legal de las fincas, por carecer todavía la mitad de ellos de los índices que debían hacerse de los antiguos libros de la Contaduría de Hipotecas, se dice:

"... iba á cumplir el año que la misma Ley daba de plazo para hacer estas inscripciones [de títulos antiguos] *con efecto retroactivo* y otros beneficios, y *para atribuir á los títulos inscritos una prelación absoluta sobre los no inscritos, en cuanto al tercero*. La Comisión había estimado suficiente aquel término, que debía contarse desde que la Ley empezara á regir, en la suposición de que *esto no hubiera de verificarse* hasta que, organizados todos los registros, alcanzase la misma Ley una ejecución cumplida; pero no habiéndose ésta realizado, el Gobierno advirtió los inconvenientes y las injusticias que ocasionaría el dar por cerrado aquel plazo, y en su vista consultó á la Comisión sobre prorrogar á los registradores el término que les estaba señalado para concluir los índices, y presentó a las Cortes un proyecto de ley prorrogando también por dos años el plazo de uno otorgado en el art. 389 de la hipotecaria, para la inscripción de los títulos antiguos y *los demás efectos antes indicados*". [Cva. y negr. ntras.] (*Op. cit.* Pág., 163).

<sup>116</sup>

Gaceta de Madrid, 20 de diciembre de 1865.

de 21 de diciembre de 1869, su art. 389 dispuso que los que a su publicación hubiesen adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella debiesen registrarse, podrían inscribirlos con los beneficios expresados en los dos artículos siguientes, **(y por lo tanto, con posibilidad de retrotraer los efectos de la inscripción a la fecha de adquisición)**, en el término de 180 días, contados desde la fecha en que la misma Ley empezase a regir, que fue el 1 de enero de 1871.<sup>117</sup> Igualmente, el art. 393 permitía la práctica de anotaciones de derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863, surtiendo efecto desde la fecha en que debiera tenerlo el acto anotado con arreglo a la legislación anterior, siempre que tal anotación se practicase dentro de los 180 días siguientes al 1 de enero de 1871.<sup>118</sup>

El art. 1 de la Ley de 3 de julio de 1871<sup>119</sup> permitió que las constituciones y adquisiciones de censos, foros, subforos, servidumbres y demás derechos de naturaleza real, verificadas antes del 1 de enero de 1863, pudieran inscribirse en el Registro hasta el 31 de diciembre de 1872, **con los beneficios de los arts. 390, 391 y 393 de la LH. de 1869, esto es, con posibilidad de retroacción de los efectos de la inscripción a la fecha de adquisición y por lo tanto, con perjuicio de tercero.**

Finalmente, el artículo 2 de la Ley de 29 de agosto de 1873<sup>120</sup> dispuso que el plazo para inscribir a que se refería la Ley anterior comenzase a computarse desde su fecha de promulgación y acabase el 31 de diciembre de 1874, fecha en la que concluyeron todas las prórrogas para inscribir con efectos retroactivos los títulos anteriores al 1 de enero de 1863.

Es muy interesante, a los efectos de demostrar que efectivamente estuvo en suspenso el art. 23 LH, la Real Orden de 31 de marzo de 1875 que, como argumento para denegar la

<sup>117</sup> Así lo dispuso el Decreto de 29 de octubre de 1870, mandando que rijan desde 1 de enero de 1871, la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 y el reglamento general para su ejecución que se aprueba por este decreto.

<sup>118</sup> La redacción del art. 389 LH. de 1869, que omitió hablar de "derechos adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 1863", podía dar lugar a pensar en una interpretación literal, **que también los derechos adquiridos entre el 1 de enero de 1863 y el 1 de enero de 1871, podrían inscribirse si, no lo estaban, con los beneficios consignados en los arts. 390 y ss., pero no fue eso lo que quiso decir el legislador como lo demuestran las posteriores menciones explícitas, en los arts. 390 y ss., a los derechos adquiridos antes de la fecha del 1 de enero de 1863.** (GALINDO DE VERA, LEÓN Y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo IV. 4ª Edición..., *Op. cit.* Pág., 556).

<sup>119</sup> Gaceta de Madrid. 6 de Julio de 1871.

<sup>120</sup> Gaceta de Madrid. 1 de septiembre de 1873.

concesión de nuevas prórrogas, solicitadas por la Comisión directiva del Instituto Agrícola Catalán de S. Isidro, dijo literalmente que “la concesión de una nueva prórroga ... **significa la derogación, mientras exista, del moderno sistema hipotecario**, que descansa entre otras bases cardinales, en los principios de que, inscrito ó anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ó anotarse otro de fecha anterior por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble, y que el título no inscrito no puede perjudicar a tercero”. Igualmente se decía en esa Real Orden que la primitiva Ley Hipotecaria había concedido un plazo de un año para “inscribir con efecto retroactivo, es decir, con derogación de dichos artículos 17 y 23”.<sup>121</sup>

Es claro, pues, que desde el 1 de enero de 1863 al 31 de diciembre de 1874, el art. 23 de la Ley Hipotecaria estuvo en suspenso. Podemos concluir, entonces, que el art. 23 de la LH. no se aplicó sino a partir del 1 de enero de 1875.<sup>122 123</sup>

La R. O. de 28 de agosto de 1883, confirmó la finalización el 1 de enero de 1875, de las prórrogas del plazo señalado en los arts. 389 y 393 de la LH. de 1869, para

<sup>121</sup> La Real Orden de 31 de Marzo de 1875 la reproduce FEDERICO SOLER Y CASTELLÓ en su obra, “Diccionario de la legislación hipotecaria ...”, Tomo II. *Op Cit.*, Págs., 223 y 224. De dicha Real Orden y de las páginas 222 a 225 del citado autor, hemos tomado el desarrollo y explicación de esta cronología de suspensiones.

<sup>122</sup> Lo mismo concluye SOLER Y CASTELLÓ. *Op. cit.* Pág., 226.

<sup>123</sup> Otros artículos que prueban la suspensión del art. 23 de la LH son los 307, 308 y 309 del RH. de 1861 cuyo tenor literal era el siguiente:

Art. 307: “Las inscripciones de los antiguos registros surtirán, en cuanto á los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de algunos de los requisitos que exigen los artículo 9 y 13 de la Ley bajo pena de nulidad, y no se lleguen á trasladar á los nuevos registros.

Art. 308: “La disposición del art. 34 de la Ley será también aplicable á los títulos inscritos en los antiguos registros, respecto á los anteriores que no se inscriban en el plazo señalado en el art. 389 de la misma, y también en cuanto á aquellos que, inscribiéndose en dicho plazo, deban surtir su efecto solamente desde la fecha de la inscripción.”

Art. 309: “Dentro del año siguiente al día en que empiece a regir la Ley, se podrán deducir las demandas que procedan, según la anterior legislación, y tengan por objeto ó resultado, **invalidar títulos inscritos, en virtud de otros que no lo estén**. Las sentencias que sobre ellas se dicten, aunque sea después del año, se ajustarán a la misma legislación anterior.

Transcurrido dicho plazo, no se podrán interponer tales demandas, sino en virtud de títulos cuya inscripción sea anterior á la del que pueda quedar sin efecto, por consecuencia de las mismas demandas”.

Pese a haber reconocido los arts. 307 y 308 RH. que *las inscripciones antiguas practicadas en las Contadurías de Hipotecas surtirían los mismos efectos que las inscripciones modernas*, (arts. 23 y 34 LH.) este artículo 309 permite que un título anterior al 1º de enero de 1863, no inscrito, durante el plazo de un año, pueda perjudicar a un título inscrito bien en los antiguos libros, bien en los modernos.

inscribir o anotar con ciertos beneficios, títulos anteriores al 1º de enero de 1863, y declaró caducado e inaplicable el art. 35 RH de 29 octubre de 1870.<sup>124 125</sup>

Demostrada la suspensión del art. 23 hasta el 1 de enero de 1875, veremos cómo la misma guardaba relación con la del art. 34.3 LH.

Dice GÓMEZ DE LASERNA, que la suspensión del art. 34.3 LH de 1861, **estaba relacionada con el art. 389 de la Ley. "Enlazada se encuentra esta disposición [el art. 34.3], con el art. 389 de la Ley..."**<sup>126</sup>

**Pero ya ha quedado constatado que el art. 389 implicaba suspensión del art. 23, por la vía del art. 391, concordante con el mismo, por lo que resulta evidente que la suspensión de ambos preceptos, 23 y 34 guardaba relación. Más aún, la vida de ambos artículos hasta el 1 de enero de 1875, fue paralela; ambos estuvieron en suspenso, hasta entonces y al unísono, como se desprende de las reflexiones que ofrecemos a continuación.**

El Real Decreto de 29 de diciembre de 1863, prorrogó por dos años, como dijimos antes, el plazo señalado por el art. 389 LH., para inscribir bienes inmuebles o derechos reales adquiridos y no inscritos antes del 1 de enero de 1863 (art. 1º). Pero, además, en su art. 2º estableció:

**"Se prorroga igualmente por dos años, a contar desde el 1º de enero de 1864 inclusive, el plazo establecido en los arts. 34, párrafo tercero, 390, 391 [que era el que implicaba la suspensión del art. 23, como ya dijimos], 392, 393 y los demás de la Ley**

<sup>124</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo I. 4ª Edición. Corregida, aumentada y arreglada al Código civil vigente por D. Rafael de la Escosura y Escosura. Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo. Madrid. Reimpreso en 1903. Pág., 649.

<sup>125</sup> Art. 35 RH. de 29 de octubre de 1870: "La prohibición de inscribir títulos de fecha anterior á la del último inscrito en el Registro, contenida en el art. 17 de la ley, se entenderá sin perjuicio de la facultad que por los artículos 389 y 392 de la misma se concede á los dueños de inmuebles ó derechos reales adquiridos y no inscritos antes del día 1.º de Enero de 1863, para registrar con los beneficios y efectos que dichos artículos y los 390 y 391 determinan, los títulos que no hayan sido presentados al Registro en tiempo oportuno. Pero en las inscripciones de esta especie se hará mención de dicha circunstancia ántes de expresarse la conformidad de ellas con los documentos de referencia."

<sup>126</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada ...*, Tomo I. *Op. cit.* Pág., 637.

expresada y del Reglamento para su ejecución que se refieran a la inscripción de títulos y derechos anteriores al 1º de Enero último".<sup>127</sup>

En este Real Decreto hay una mención expresa a la prórroga del plazo del art. 34.3, y es de notar que se le trata como el *mismo plazo* a que se refieren los arts. 390 a 393 y demás concordantes, por lo que, en sana lógica, habrá que concluir que toda prórroga del plazo indicado en tales arts. 390 a 393 deberá ser reputado como prórroga del plazo del art. 34.3; es decir, de un único plazo relativo a la inscripción o anotación con ciertos beneficios de derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863. Hacemos igualmente notar que de momento, la vida de los arts. 34 y 23, transcurre en paralelo.

El Real Decreto de 19 de diciembre de 1865, que en su Exposición de Motivos pone de relieve cómo "los estímulos que estableció el legislador para acelerar el tránsito del antiguo al nuevo sistema aparecen" ineficaces hasta el momento para lograr la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos y no inscritos antes del 1 de Enero de 1863, dispone, para salvar tales dificultades y lograr dicha inscripción, una nueva prórroga, hasta que se dicte la disposición legislativa correspondiente, de los plazos señalados por los arts. 389, 34.3º, 390, 391, 392, 393 y demás concordantes de la LH. y del RH., relativos a la inscripción de títulos y derechos anteriores al 1 de enero de 1863.<sup>128</sup> Continúa siendo paralela, pues, la suspensión del art. 34 LH. y del art. 23, por la vía del art. 391.

La LH. de 1869, eliminó la referencia expresa a la suspensión del art. 34, que antes se hacía en su párrafo 3º. Sin embargo, otorgó nuevas prórrogas en los arts. 389 a 393, por lo que según lo arriba expuesto, siguieron en suspenso los arts. 23 y 34 LH..

La Ley de 3 de julio de 1871<sup>129</sup> permitió la inscripción hasta fin de diciembre de 1872, de los derechos reales adquiridos antes del 1 de enero de 1863, con los beneficios consignados en los arts. 390, 391 y 393. En definitiva, se prorrogaba lo previsto en el art. 389, que ya

<sup>127</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo IV. Volumen I. Legislación complementaria. Editorial Castalia. Madrid 1991. Págs., 16 y 17.

<sup>128</sup> *Ibidem*. Pág., 514.

<sup>129</sup> *Ibidem*. Pág., 215



vimos, estaba relacionado, tanto con el art. 23 (como concordante del art. 391) como con el 34 LH (concordante con el art. 389, según GÓMEZ DE LA SERNA). Sigue, pues, paralela la vida de los arts. 23 y 34 LH..

La ley de 29 de agosto de 1873, al declarar en vigor la anterior en sus términos, únicamente modificados en cuanto a prorrogar hasta 31 de diciembre de 1874, el plazo de inscripción de los derechos reales adquiridos con anterioridad a 1 de enero de 1863,<sup>130</sup> hizo continuar al unísono la vida de los arts. 34 y 23, que entraron en pleno vigor, ambos, el 1 de enero de 1875.<sup>131</sup>

Realmente, tras estas comprobaciones, resulta difícil sostener la autonomía e independencia de los arts. 23 (hoy 32) y 34 de la LH.. Mas es posible que un dualista nos argumente que estas comprobaciones no demuestran la unicidad de los terceros mencionados en ambos artículos, en orden a los requisitos que deben cumplir para su protección. Admitamos eventualmente su reproche. Lo que sí queda claramente demostrado, podremos responderle, es, por un lado, la inconsistencia del argumento dualista de la diferenciación entre el art. 34 LH y el 32, sobre la base de una primitiva suspensión del primero y una aplicación inmediata del segundo, y, por otro, que la vida de ambos artículos transcurrió paralela en la implantación originaria del sistema hipotecario moderno.

---

<sup>130</sup> Ibídem. Pág., 224

<sup>131</sup> No afecta a nuestra argumentación la Real Orden de 7 de Octubre de 1867, (*Cfr.*), dictando varias disposiciones relativas a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los documentos otorgados antes del día 25 de diciembre de 1862, que se incluye entre las disposiciones suspensivas de la fe pública registral en *Leyes Hipotecarias ... Op. cit.* Tomo IV. Vol. 2º B. Pág., 1459.

**5. Demostración de que el pensamiento del legislador de 1861 era favorable a que todo adquirente de derechos reales inmobiliarios procediese de un titular previamente inscrito; del carácter transitorio y excepcional con que se concibió la posibilidad de inscribir títulos sin que estuviese previamente inscrito el derecho del transmitente y de la existencia, en el mismo instante de entrada en vigor de la LH. de 1861, de terceros causahabientes de titulares registrales anteriores.**

**5.1. Demostración de que el pensamiento del legislador de 1861 era favorable a que todo adquirente de derechos reales inmobiliarios procediese de un titular previamente inscrito.**

Afirma GARCÍA GARCÍA, a propósito del art. 69 LH. de 1861, cuyos términos persisten en el Texto Refundido vigente,<sup>132</sup> que no podía ser de aplicación generalizada.

Del mismo, *a contrario sensu*, se desprendía que la falta de anotación preventiva de un derecho en plazo, no impediría que el derecho pudiese llegar a inscribirse en perjuicio de un tercero, que inscribió el mismo derecho, *pero sin adquirirlo de persona que en el Registro figurase con facultad para transmitir*.

Este art. 69, que vendría a estatuir, entendemos nosotros, la falta de protección del tercero que no cumplía con el requisito de adquirir de titular registral, no podía ser de aplicación generalizada, según GARCÍA GARCÍA, porque "al ser de nueva implantación el sistema, lo lógico es que faltase en ocasiones la previa inscripción".<sup>133</sup>

GARCÍA GARCÍA vendría a formular, pues, el siguiente razonamiento: no es posible que se exigiese en los orígenes de la LH, el requisito de previa inscripción a todo tercero para ser protegido, dado que al ser el Registro de nueva implantación, en ocasiones faltaría tal requisito al titular inscrito. Por tal motivo, se estableció una protección dual a los terceros, una

<sup>132</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 200. Pág., 616.

<sup>133</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario... Op. cit.* Tomo II, Pág., 180.

en el art. 23 frente a títulos no inscritos, sin necesidad de cumplir el requisito de la previa inscripción, y otra en el art. 34, frente a supuestos de inexactitud registral derivada de causas de nulidad o resolución que no figurasen en el Registro, con necesidad de cumplir el requisito de la previa inscripción.

¿Qué decir ante esta argumentación?. Prescindiendo de otros textos que citaremos de los coetáneos de la LH de 1861, y reformas posteriores, de los que se desprende claramente la concepción monista originaria de la LH., y de otros comentarios que haremos a propósito del art. 69, nos centraremos en este momento en hacer algunas reflexiones al hilo de la afirmación de GARCÍA GARCÍA de que "al ser de nueva implantación el sistema, lo lógico es que faltase en ocasiones la previa inscripción".

Creemos que en el pensamiento del legislador de 1861 estuvo presente la idea de exigir, con carácter riguroso y a muchos efectos, no sólo a los efectos de protección frente a títulos no inscritos, el requisito de la previa inscripción; hasta el punto de no poder prácticamente existir transmisiones procedentes de títulos no inscritos tras la implantación de la ley, en la línea ya iniciada por el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852, en su art. 16, (luego suspendido por el art. 3 del Real Decreto de 19 de agosto de 1853, "hasta que, revisada la legislación hipotecaria vigente ... se adopten sobre el particular que aquel [el art. 16 del R.D. 26 noviembre 1852] comprende **las disposiciones convenientes en la ley definitiva**".)

Los textos legislativos y doctrinales que citamos a continuación avalan estas afirmaciones.

CARDELLACH Y BUSQUETS aporta comentarios interesantes, al respecto, relativos a la actuación de los notarios tras la entrada en vigor de la LH. de 1861.

Según CARDELLACH, de acuerdo con el art. 20 LH. de 1861<sup>134</sup> y el artículo 1º de la *Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*,

<sup>134</sup> Art. 20: "También será causa bastante para suspender ó denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derecho de que se trate á favor de la persona que lo trasfiera ó grave.

Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme á lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta Ley".

aprobada por R.O. de 12 de junio de 1861,<sup>135</sup> <sup>136</sup> el Notario *no podía autorizar* ningún acto o contrato sujeto a registro *si el transmitente u otorgante no presentaba certificación del registro de tener inscrito el título justificativo del dominio o derecho real, que transmitía u otorgaba, o el dicho título con la nota de haber sido registrado*. Si se presentaba el título justificativo sin dicha nota, el Notario debería advertir al interesado *la falta para que la subsanase mediante la inscripción*. Si se carecía de título inscribible, se le indicaría que subsanase su falta mediante la instrucción del expediente de posesión de los arts. 397 a 410 de la Ley, como ordenaba el art. 7 del Reglamento Hipotecario.<sup>137</sup> <sup>138</sup>

“La inscripción es, pues - dirá CARDELLACH más adelante - la base por donde los notarios deben empezar á conocer de los negocios que produzcan algún acto ó contrato sujeto a registro, y de tal manera, que *en todos los instrumentos que se otorguen desde el día en que empiece á regir la ley*, relativamente á bienes inmuebles ó derechos reales sujetos á inscripción, *deberá hacerse mención expresa de hallarse estos inscritos y del registro en que lo estuvieren*, y si la inscripción se hubiere verificado en los nuevos registros, se espresarán también el número con que en los mismos estuviere señalada la finca, y el de su última inscripción, art. 3 de la Instr”.<sup>139</sup>

En la misma línea llega a afirmar: “Para que una persona pueda válidamente transferir á otra bienes o derechos reales, no basta que acredite ser su dueño por un título que en derecho común sea válido, *sino que es necesario que tenga inscrito aquel título en el libro de la propiedad del partido en que radiquen ...* . Este principio, *base de la Ley Hipotecaria*, ha

<sup>135</sup> Vid.: ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS: “*Leyes hipotecarias ...*”, Tomo IV. Vol. 1º. Op. cit. Págs., 125 y ss..

<sup>136</sup> Art. 1 de la Instrucción: “En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 396 de la Ley Hipotecaria y 333 del Reglamento para su ejecución, los Escribanos no admitirán títulos no registrados, en justificación del derecho que pretendan transmitir, los poseedores de inmuebles o derechos reales, ni harán mención ninguna de ellos en los instrumentos que redacten.

Siempre que se les presente alguno de dichos títulos, advertirán a los interesados la falta de que adolecen, a fin de que la subsanen, inscribiéndolos en el Registro, si fuere posible”.

<sup>137</sup> Cfr.: CARDELLACH Y BUSQUETS, PABLO. *Jurisprudencia práctica o fórmulas contractuales comentadas según las leyes comunes, y según la Ley Hipotecaria aplicada a todas las provincias de España*. Imprenta de Magriñá y Subirana. Barcelona, 1862. Pág., 99.

<sup>138</sup> Art. 7 del Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1861: “El propietario que carezca de título escrito de su propiedad, inscribirá el derecho que se le declare por providencia judicial, con arreglo al art. 397 de la Ley”.

<sup>139</sup> CARDELLACH Y BUSQUETS, PABLO. *Jurisprudencia práctica ...* Op. cit. Pág., 101.

sugerido el art. 3 de la Instrucción,<sup>140</sup> que ordena á los escribanos hagan mención de hallarse inscritos los bienes ó derechos, y el art. 1, que les manda que cuando se les presente alguno que *pretenda* transmitir su derecho, fundado en títulos no registrados, no los admitan ni hagan mención de ellos, adviertan la falta de que adolecen y hagan que se subsane...”.<sup>141</sup>

Hemos transcrito todos estos párrafos porque de los mismos se desprendería la imposibilidad que habría, tras la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, de que existiesen adquirentes de dominio o de cualquier otro derecho real, por escritura pública, que no procediesen de un previo titular registral. El supuesto, pues, de la doble venta, en el que uno de los títulos permanece al margen del Registro y otro se apresura a acceder al mismo (caso prototipo del art. 23 de la LH), sería un caso de adquisición *procedente imprescindiblemente de un titular registral anterior*. No habría lugar, pues, según parecería desprenderse de estos textos, a un tercero que no fuese causahabiente de persona que en el registro apareciese con derecho para transmitir.

Confirma lo manifestado por CARDELLACH, y nuestras deducciones, la R.O. de 22 de diciembre de 1862, (*Reglas para autorizar instrumentos en que se enajenen bienes inmuebles no exhibiendo el enajenante título inscrito*), publicada en la Gaceta de 4 de enero de 1863, de la que transcribimos sus artículos 1º y 2º:

Art. 1º: "Los notarios podrán intervenir en la autorización de los instrumentos relativos á la enajenación de bienes inmuebles *sin que se les exhiba* por el enajenante el título de su dominio inscrito, pero debiendo hacer constar en los mismos **los requisitos que expresa el art. 3º de la instrucción** [sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro], **bien con relación al título del enajenante si se le presentare y estuviere inscrito, bien con relación al dicho de las partes, lo que deberá consignarse en la escritura.**

<sup>140</sup> Art. 3 de la Instrucción: En todos los instrumentos públicos que se otorguen desde el día en que empiece a regir la Ley Hipotecaria, relativos a bienes inmuebles o derechos reales, sujetos a inscripción, se hará mención expresa de hallarse éstos inscritos y del Registro en que lo estuvieren.

Si la inscripción se hubiere verificado en los nuevos Registros, se expresará también el número con que en los mismos estuviere señalada la finca y el de su última inscripción.

<sup>141</sup> CARDELLACH Y BUSQUETS, PABLO. *Jurisprudencia práctica ... Op. cit.* Pág., 121.

**Art. 2º: "Si el enajenante no tuviese título de dominio inscrito, el notario se abstendrá de autorizar el contrato, por más que el adquirente esté conforme en aceptarlo sin esta circunstancia".**<sup>142</sup>

Según se desprendería de estos textos, el legislador de 1861 habría tenido voluntad clara de que *en lo futuro, a partir de la entrada en vigor de la ley*, no existiesen transmisiones o constituciones de derechos, en instrumento público, procedentes de titulares no inscritos. Por lo tanto, *al adquirir el comprador, y mucho más al inscribir*, estaría ya cumplido el requisito de la previa inscripción del transmitente, siendo siempre el adquirente, una persona que confiaba en un contenido registral previo. No había posibilidad, pues, *en principio*, de que tras la entrada en vigor de la LH., existiesen terceros adquirentes que, frente a títulos no inscritos, fuesen *meramente titulares registrales*. Sin embargo, este pensamiento inicial debió ser matizado, como se desprende de lo que exponemos en el siguiente epígrafe.

**5.2. Demostración del carácter transitorio y excepcional con que se concibió la posibilidad de inscribir títulos sin que estuviese previamente inscrito el derecho del transmitente. (GIMÉNEZ ROIG; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).**<sup>143</sup>

No obstante lo dicho, hemos de reconocer que existía la posibilidad de inscribir adquisiciones de dominio, procedentes, por ejemplo, de compraventa, *sin que estuviese previamente inscrito el dominio del transmitente*. Ello, *con carácter transitorio*, en virtud de la correcta interpretación de los arts. 20 y 389 de la LH. de 1861, para cuya inteligencia se dictó la R.O. de 20 de febrero de 1863, publicada en la Gaceta de 22 de febrero de 1863,<sup>144</sup> y en la cual se afirmaba que el art. 389 LH. era una disposición transitoria y que el art. 20 de la misma, suponía verificado el tránsito del antiguo al nuevo sistema.<sup>145</sup>

<sup>142</sup> Vid.: MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO. *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la Novísima Legislación de España Peninsular y Ultramarina*. Tomo VII. 4ª Edición. Madrid, 1887. Pág., 611. (Voz: Notariado.)

<sup>143</sup> Desarrollamos en este epígrafe ideas aportadas por GIMÉNEZ ROIG y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

<sup>144</sup> Vid.: MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO. *Diccionario de la Administración ... Op. cit.*. Tomo V. Pág., 751 y 752. (Voz: Hipoteca.)

<sup>145</sup> La Comisión de Codificación fue consultada sobre la manera de interpretar los arts. 389 y 20 LH. 1861, siendo probablemente esta Real Orden, fruto del dictamen que ella dio sobre el problema, y al que se

Según el art. 1º de la citada Real Orden, el art. 20 LH. de 1861 sólo debía aplicarse respecto de títulos traslativos de dominio *otorgados con posterioridad al planteamiento de la ley*, es decir, a su entrada en vigor. Por consiguiente, "los títulos anteriores al 1 de enero de 1863, que se presenten al Registro para ser inscritos con arreglo al art. 389, deben serlo **sin necesidad de que se halle inscrito el anterior.**" (art. 1º).<sup>146</sup>

Fuera de este caso de Derecho transitorio, el sistema de la LH. 1861 era muy riguroso: no podía inscribirse título alguno posterior al 1 de enero de 1863, sin que estuviese previamente inscrito el título del transmitente u otorgante del derecho, bien en los Libros antiguos de las Contadurías, bien en los Libros nuevos por la vía del art. 389 LH., por traslado de los antiguos asientos a los nuevos Libros o por información posesoria<sup>147</sup>. (Art. 20.2 LH. 1861). Los títulos posteriores al 1 de enero de 1863 causaban siempre, en el pensamiento del legislador, segundas inscripciones<sup>148</sup> (por lo que no es posible imaginar que se estableciese en la LH. un principio *que fuese especialmente protector de las primeras inscripciones, como lo es el principio de inoponibilidad.*)

A raíz de la reforma del art. 20 de la Ley Hipotecaria por la Ley de 21 de diciembre de 1869, lo dispuesto en esta Real Orden se incorporó a la Ley Hipotecaria y se **exceptuó** la necesidad de cumplir el requisito de previa inscripción **también para los títulos posteriores al 1º de enero de 1863, pero procedentes de otros títulos anteriores a dicha fecha, no inscritos, siempre que se diesen ciertas circunstancias.**

---

conformó el Gobierno. (Vid.: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación ...*, Op. cit. Pág., 458).

<sup>146</sup> Los títulos anteriores al 1 de enero de 1863 que se inscriben directamente en el Registro por la vía del art. 389 LH. 1861, sin necesidad de sujetarse al requisito de tracto sucesivo, son títulos de que no se tomó oportunamente razón en el Oficio de Hipotecas en su día. (DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 721 y 722.)

<sup>147</sup> Los expedientes de información posesoria estaban admitidos y regulados en la LH. 1861 como expedientes de titulación supletoria para el dueño que carecía de título en sentido formal, porque en dicha Ley se partía de la premisa de que generalmente el poseedor es dueño. Cuando en 1869 se establecen los expedientes de dominio, los expedientes de información posesoria quedaron reducidos a ser titulación supletoria de la posesión del que no es dueño. Por los abusos a que la tramitación de las informaciones posesorias había dado lugar, la opinión común era contraria a ellos y defendía su supresión, lo que se produjo en la Ley de reforma hipotecaria de 1944. Desde entonces, los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no puede ser objeto de inscripción. (Art. 5 LH. vigente). (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo III. Editorial Castalia. Madrid, 1990. Pág. 217.)

<sup>148</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero ...*, Op. cit.. Loc. cit..

En efecto, según el artículo 20, en su nueva redacción, para poder inscribir un título en el Registro era precisa la previa inscripción del título del transmitente, *salvo* que el título de éste fuese anterior al 1 de enero de 1863 y tal circunstancia resultase claramente del título presentado en el Registro por el adquirente o de otro documento fehaciente, pero en el asiento que se practicase se expresarían las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de dichos documentos.<sup>149</sup>

Este beneficio, (la novedosa excepción al tracto sucesivo), realmente pensado para los títulos que se otorgasen a partir del 1 de enero de 1871, se extendió también a los *títulos otorgados tras el 1 de enero de 1863 y antes del 1 de enero de 1871, cuya inscripción había sido suspendida en su día por falta de previa inscripción del título del transmitente anterior al 1 de enero de 1863*, siempre que se presentasen de nuevo los títulos objeto de la suspensión y se cumpliesen las circunstancias de los arts. 20 LH. 1869 y 20 RH. 1870. (Cfr.: art. 318 RH. 1870, dos últimos párrafos).<sup>150</sup> El hecho de existir esa suerte de títulos con inscripción suspendida mostraría, a nuestro juicio, que pese a los rigurosos términos de la R.O. de 22 de diciembre de 1862, la práctica notarial (bien por causa de alguna modificación legislativa o bien por otros motivos) se había suavizado, pues de lo contrario, con arreglo a aquella Real Orden no hubieran podido existir.

En definitiva, tras la reforma del art. 20 LH. cabía, como dicen GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA, que los títulos de dominio anteriores al 1 de enero de 1863, se inscribiesen sin necesidad de previa inscripción e igualmente los posteriores derivados de adquisiciones anteriores a dicha fecha.<sup>151 152</sup>

<sup>149</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN Y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios...*, Tomo II. Madrid, 1880. *Op. cit.*. Págs., 367 y 377.

<sup>150</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN Y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios...*, Tomo II. Madrid, 1880. *Op. cit.*. Págs., 377 y 378.

<sup>151</sup> *Ibidem.* Págs., 367 y 377.

<sup>152</sup> En el caso de que lo que se pretendiese inscribir tras la entrada en vigor de la LH, fuese un derecho real en cosa ajena, era preciso trasladar el asiento de dominio de la antigua Contaduría a los nuevos libros, (art. 228.2 LH. 1861, invariable en la de 1869), para el caso de que el título que contuviese el derecho real limitado, fuese posterior al 1 de enero de 1863.

Si era anterior a dicha fecha, podía seguirse el procedimiento del art. 318 RH de 1870, para lograr la previa inscripción del dominio, si éste no constaba de los Libros de la Contaduría.

Si con el título presentado o con otros documentos fehacientes se acreditase la adquisición del dominio de la finca antes del 1 de enero de 1863, entonces se practicarían dos inscripciones (del dominio y del



Como dice DE LA RICA Y MARITORENA, al no acogerse toda la propiedad al sistema del Registro, fin acariciado por los redactores de la Ley, tuvo que ser suavizado el principio [de tracto sucesivo] y admitir excepciones para que paulatinamente fuera ingresando la propiedad que todavía no había acudido al Registro. Pero nunca dando a las inscripciones primeras que se practicaban la fuerza con que estaban dotadas las segundas o posteriores. [Es decir, a partir de la reforma de 1869 se permite lo que en 1861 no cabía: que títulos posteriores al 1 de enero de 1863 produzcan *primeras inscripciones*].<sup>153</sup>

En consecuencia, pues, tras el 1 de enero de 1863, sí que existieron adquirentes de dominio ***que no procedían de un titular inscrito***. La imposibilidad de existencia de terceros que no hubiesen adquirido de titular registral, aunque inicialmente se pudiese desprender de los textos citados en el epígrafe anterior, es evidente que desapareció con posterioridad, resultando así modificada la que nosotros hemos considerado idea inicial del legislador.

En cuanto al riguroso requisito del tracto sucesivo establecido en la LH. tenía una salvedad que en el espíritu de la ley era *ya de carácter transitorio*, (como en la LH. de 1861, **mucho más estricta en cuanto a exigir la previa inscripción que la de 1869**), *ya de carácter excepcional* (como en la LH. de 1869, art. 20).<sup>154</sup>

Ahora bien, cuestión distinta es que ese adquirente de dominio que inscribía su título acogido a las salvedades, transitoria o excepcional explicadas, fuese protegido frente a otros títulos de dominio no inscritos, por el sólo hecho de su inscripción. Harto difícil encontramos tal posibilidad, pues si se hubiera dado, habría resultado que **una disposición transitoria o una excepción al riguroso principio de tracto sucesivo impuesto por la originaria Ley de 1861, habría motivado la formulación de otro principio general, denominado de inoponibilidad y contenido en el art. 23 de la LH.. Sin embargo, en rigurosa lógica, lo transitorio y lo excepcional no puede originar un principio general**. Máxime, cuando la

---

derecho real) con arreglo a lo previsto en el art. 21, último párrafo, RH. 1870.

En todo caso, hay previa inscripción del dominio como requisito *sine qua non* para poder inscribir el derecho real limitado

<sup>153</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 721 y 722.

<sup>154</sup> Cfr.: GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva ...*, Op. cit., Pág., 201.

verdadera excepción al tracto (art. 20 LH. 1869), como dice GIMÉNEZ ROIG, se estableció después de formulado el art. 23 LH. 1861.<sup>155</sup> Como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, la Ley Hipotecaria de 1861, sobre el optimismo de que muy pronto estaría inmatriculada toda la propiedad ideó un sistema de protección del tercero que adquiriese de persona que apareciese en el Registro con facultades para transmitir. [Un sistema de protección del tercero apoyado en la organización formal del tracto sucesivo y del folio real. De ahí que lo que implicase excepción en dicha organización formal no pudiese servir de apoyo para otra hipotética protección]. *El completar las inmatriculaciones, era una cuestión transitoria para la Ley (art. 389 y ss.); por ello no le podía interesar un sistema de protección de terceros que "demuestra su substantividad sólo en situaciones anómalas o transitorias: en los casos de primera inscripción (por no inmatriculación, o por interrupción del tracto)".*<sup>156 157</sup>

<sup>155</sup> Dice GIMÉNEZ ROIG que fue realmente en 1869 cuando surgió en la legislación hipotecaria *el asiento de inmatriculación en dominio*. La posibilidad de inscribir títulos sin el requisito de la previa inscripción, había sido meramente transitoria en el espíritu de legislador de 1861, pensada sólo para títulos anteriores a la implantación del moderno Registro y como mecanismo de tránsito hacia el nuevo sistema. Es, pues, en 1869 cuando se crea el *asiento de inmatriculación en dominio como excepción al tracto sucesivo*. En dicho asiento se hacen constar dos transmisiones. La del título moderno (posterior al 1 de enero de 1863) y la del título antiguo (anterior a dicha fecha), al que no se exige ya causar un asiento previo en el tiempo y en el folio real. (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva ...*, Op. cit., Pág., 201). Vid., también: DE ZUMALACÁRREGUI Y M. CORDOVA, TOMÁS. *Inexactitud registral y concordancia entre Registro de la Propiedad y realidad jurídica. Apuntes y sugerencias*. En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Pág., 515).

ALONSO FERNÁNDEZ considera, sin embargo, que la inmatriculación no es algo excepcional al tracto sucesivo sino el principio de su desenvolvimiento. (ALONSO FERNÁNDEZ, JOSÉ. *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*. RCDI, 1945. N° 204. Pág., 311.)

Es cierto que la inmatriculación inicia hoy el tracto, pero también es cierto que tal asiento surge como *excepción* a un principio riguroso de tracto sucesivo *que se apoyaba en los asientos ya existentes en los antiguos libros de la Contaduría de Hipotecas, o bien en la posibilidad transitoria de llevar al Registro un título que debió llevarse a la Contaduría*. (GIMÉNEZ ROIG). *Es perfectamente correcto, pues, hablar de la inscripción de inmatriculación como excepción al tracto, pues, de hecho, de no haberse creado tal asiento en 1869, los asientos de los nuevos Libros no habrían sido más que una rigurosa continuación de los asientos practicados (o debidos practicar) en la Contaduría. Con el asiento de inmatriculación tal continuidad quedó rota, exceptuada, pudiendo quedar algunos títulos (los anteriores al 1 de enero de 1863, no inscritos en la Contaduría), absolutamente al margen de todo Registro, del antiguo y del nuevo.*

<sup>156</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Pág., 599.

<sup>157</sup> A LACRUZ BERDEJO estos argumentos de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS le hacen dudar de la solución favorable a la autonomía del artículo 32, que reconoce haber defendido. Sin embargo, tampoco le parecen concluyentes y añade << aún siendo cierto que los redactores de la primitiva LH., como los del proyecto del CC. de 1851 pensaban en un Registro que recogiera rápidamente el grueso de las fincas del país, por lo cual fueron poco previsores en cuanto a procedimientos de inmatriculación; sin embargo, ello no implica forzosamente que la previa inscripción fuera condicionante de la protección del Registro ... >>. (LACRUZ - SANCHO. *Elementos. Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, 1984. Pág. 176. Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS.

"Recuérdese, además, [- dice -] que en la Ley Hipotecaria de 1861 la 1ª inscripción por inmatriculación se produce *mediante informaciones posesorias, sin perjuicio de tercero de mejor derecho.*" [Art. 20.2 LH. 1861. (Cva. ntra.)].<sup>158</sup>

GIMÉNEZ ROIG, que insiste en la continuidad entre la Contaduría de Hipotecas y el Registro de la Propiedad, ya afirmada por BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER, y en la inspiración prusiana de la Ley Hipotecaria de 1861, señala que a partir del 1 de enero de 1863, **la primera inscripción de compraventa en el Registro NO podía ser la de un título posterior a 31 de diciembre de 1862.** En otras palabras, que tras la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, ningún título otorgado bajo su imperio podría causar primera inscripción o inscripción inmatriculadora. Para la inscripción de tales títulos era **imprescindible que constase previamente inscrito el título del transmitente** por alguna de las siguientes vías:

1. Inscripción, sin necesidad de previa inscripción, del título del transmitente anterior a 1 de enero de 1863. Art. 389 LH. El titular registral según esta inscripción, no era tercero asegurado.

---

*La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino".* RCDI. Marzo - Abril, 1991. Nº 603. Págs. 600 y 601). En nuestra opinión no lo implica *directamente pero es un claro indicio de que la protección se supeditaba a adquirir del titular registral publicado.*

*La organización formal del Registro (folio real y tracto sucesivo) guarda relación, como ha señalado la doctrina, con los efectos sustantivos que se pretende que el Registro produzca. Lo sustantivo se apoya en lo formal de manera tal, que no podría supeditarse la protección registral a adquirir de quien en el Registro figura como titular y confiando en la exactitud de su contenido, si no existiese tal organización formal de los Libros. Ésta es presupuesto de la actuación de la fe pública registral, aunque no la implique necesariamente; y en cuanto tal presupuesto, constituye un indicio de que el sistema registral diseñado por el legislador, es un sistema de fe pública registral. (Cfr.: DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria. RCDI., 1970. Nº 478. Págs., 723 y 724.*

En este sentido ha podido decir SANZ FERNÁNDEZ que para que la fe pública pueda aplicarse en un sistema registral - inmobiliario es preciso:

1. Que el Registro no tenga en todo caso valor absoluto, esto es, que se admita la posibilidad de discordancia del Registro y la realidad jurídica.
2. "Que se admita, dentro del régimen de Registro, el juego de transmisiones derivativas del dominio y los derechos reales."
3. *Que el Registro comprenda la historia de las transmisiones y gravámenes del dominio de una finca, de manera que se pueda formar una vida aparente del inmueble, frente a la vida extrarregistral del mismo.* (SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 374).

<sup>158</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales*. Tomo II. 1999. Pág., 552, nota 19. Citado por MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Pág., 519.

2. Inscripción de un título supletorio de información posesoria, en caso de que el transmitente careciese de título escrito de dominio.
3. El título del transmitente estaba inscrito en los libros de la antigua Contaduría, apoyándose en dicho asiento, la inscripción en los nuevos libros del título moderno. Esta primera inscripción en los nuevos libros, cumplía sin embargo, funciones de segunda inscripción, dada la continuidad entre los dos Registros.
4. El título del transmitente inscrito en la Contaduría había sido trasladado a los libros del nuevo Registro.

De estas exigencias de la ley, deduce GIMÉNEZ ROIG, la voluntad de la misma de fundamentar la aseguración del tercero en su confianza en la apariencia registral.<sup>159</sup>

### **5.3. Demostración de la existencia, en el mismo instante de entrada en vigor de la LH. de 1861, de terceros causahabientes de titulares registrales anteriores.**

Junto a estos argumentos, y desarrollando las ideas de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL y GIMÉNEZ ROIG acerca de la continuidad entre la Contaduría de Hipotecas y el Registro de la Propiedad,<sup>160</sup> resta destacar la importancia y el valor que la nueva legislación hipotecaria daba a los asientos practicados en los libros de las antiguas Contadurías u Oficinos de hipotecas, que recordemos, adoptaron la técnica del folio real a raíz del R.D. de 23 de mayo de 1845, y contenían inscripciones (de obligada práctica) de las transmisiones del dominio y de todas sus desmembraciones. En los recién creados Registros de la Propiedad, si bien se abrían nuevos libros, se tenían en cuenta las inscripciones practicadas en los antiguos, las cuales podían trasladarse (arts. 312 a 314 RH. de 1861) o debían trasladarse (art. 228.2º LH. de 1861) a los nuevos libros, y eran puestas en relación por los registradores con las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones que se hiciesen en los nuevos libros, de fincas o derechos inscritos en los antiguos (arts. 414 a 416 LH, 1861). *La nueva legislación hipotecaria no partía pues de la nada, sino de los Libros ya abiertos.* Además, a

<sup>159</sup> GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva...*, *Op. cit.*, Págs., 193 a 200.

<sup>160</sup> GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva ...*, *Op. cit.*, Pág., 194.

las inscripciones practicadas en los Libros antiguos, se las dotó de los *mismos efectos* que a las nuevas inscripciones, y eso aunque aquéllas no hubiesen sido trasladadas a los nuevos registros y aunque careciesen de los requisitos que los artículos 9 y 13 LH. 1861 exigían a las inscripciones bajo pena de nulidad (art. 307 RH. 1861). (GIMÉNEZ ROIG, ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL). Todo lo cual vendría a corroborar que *existiendo contenidos registrales en los que poder confiar, al entrar en vigor la LH. 1861, era muy razonable que el legislador exigiese tal requisito de confianza al tercero que quería proteger*. El querer mantener el Registro de la Propiedad una cierta línea de continuidad,<sup>161</sup> por lo menos formal, con el Oficio de Hipotecas tal y como quedó diseñado tras la reforma de 1845, desvirtuaría un tanto la idea de "ser de nueva implantación", de que hablaba GARCÍA GARCÍA<sup>162</sup> y por lo mismo, cabría afirmar, diferentemente de lo que él concluía (<< lo lógico es que faltase en ocasiones la previa inscripción >>), que ya existían, al entrar en vigor la LH. de 1861, terceros causahabientes de titulares registrales anteriores, que hubieran sido protegidos inmediatamente frente a títulos no inscritos, si no hubiera existido la suspensión del art. 23 LH. hasta 1875.<sup>163 164</sup>

---

<sup>161</sup> En la Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación también se resalta la continuidad entre Oficio de Hipotecas y Registro de la Propiedad. *Vid.*: Págs., 154 y 155, y 161 a 163.

<sup>162</sup> Es cierto que se implantaba una nueva institución registral en cuanto a los efectos materiales o sustantivos de las inscripciones practicadas en sus libros, pero también es cierto que hubo una continuidad formal, aprovechando los libros y asientos practicados en los antiguos Oficios. Incluso a estos asientos se los injertó en el nuevo sistema, por la vía de otorgar los mismos efectos, en cuanto a los derechos inscritos, a las antiguas y a las nuevas inscripciones.

<sup>163</sup> Con todo, y ya lo reconocimos antes, la afirmación de que en ocasiones podía faltar al adquirente el requisito de la previa inscripción, es cierta, porque las disposiciones relativas a la inscripción obligatoria no fueron puntualmente observadas, prueba de lo cual es el mismo art. 389 de la LH 1861. Pero tal posibilidad, **transitoria** en la mente del legislador de 1861, según ya hemos visto, sólo se contemplaba, con relación a los títulos otorgados **antes del 1 de enero de 1863, no para los posteriores**. Es muy importante resaltar esto.

<sup>164</sup> Posteriormente el legislador modificó su criterio de otorgar a los asientos de la Contaduría los mismos efectos que a los del Registro. Para que tal ocurriera, se reputó imprescindible su traslado a los nuevos libros. Esta modificación se operó en 1869, paralela a la creación del asiento de inmatriculación. (art. 411 LH. de 1869; 401 y 402 Ley de 16 de diciembre de 1909 y artículos 507, 87 y 90 del Reglamento Hipotecario de 1915). (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva... Op. cit.* Págs., 202 a 204).

**6. Demostración de la conexión entre los artículos 23 y 34 de la LH. 1861 por virtud de la expresión "título anterior no inscrito" contenida en éste último (BARRACHINA Y PASTOR y SANZ FERNÁNDEZ) y de que la reforma incorporada en 1869 en el art. 23 de la LH., lo vincula estrechamente con el art. 34.**

En nuestra opinión, entre el art. 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 y el art. 34 de la misma, existía una *clara conexión* que se verificaba por medio de la expresión "título anterior no inscrito" del art. 34. Recordemos el tenor literal de este artículo en 1861, que era el siguiente:

"No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior tambien inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año despues que empiece á regir la presente Ley, y no será aplicable en ningun tiempo al título inscrito, con arreglo á lo prevenido en el art. 397 [inscripciones de posesión mediante informaciones posesorias], á menos que la prescripcion haya convalidado y asegurado el derecho á que se refiera dicho título".

Resulta evidente que si el título anterior no inscrito no perjudicaba a tercero causahabiente de un titular registral (art. 23), tampoco lo harían las acciones que pudieran derivarse del mismo, las cuales, aún destruyendo la titularidad del transmitente, quedarían paralizadas ante la figura del tercero por efecto de la protección dispensada a su confianza en lo publicado por el Registro (art. 34). Es decir, lo dispuesto en el art. 34 respecto a la imposibilidad de que afectasen a tercero las acciones de nulidad o resolución procedentes de

títulos anteriores no inscritos, era consecuencia del precepto establecido en el art. 23 de que título no inscrito no perjudicase a tercero.<sup>165</sup>

Para mantener esta posición nos apoyamos en la Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación y en las opiniones de BARRACHINA Y PASTOR y de SANZ FERNÁNDEZ.

La Comisión de Codificación, al hilo de criticar el sistema de notificaciones que se introduce en 1869, explica el funcionamiento del artículo 34 LH. 1861 y viene a vincularlo implícitamente con el art. 23, al concluir que si un tercero que adquirió sobre la fe del Registro pudiera ver desaparecer su derecho, a causa de ser vencido su transferente en juicio por un tercero con título no inscrito, pero con fuerza frente a aquél, resultaría que ***un título no inscrito perjudicaría al tercero***. "En vano se suprimirían las hipotecas tácitas y otros gravámenes ocultos, si el adquirente de un derecho inscrito á favor suyo y de su causante habia de quedar expuesto á las resultas de un litigio entre éste y un tercero que no hubiese inscrito oportunamente su título, pero que sin embargo lograra vencer con él a su contrario en juicio, por no haber perdido su fuerza entre las partes. Si una sentencia judicial fundada *únicamente* en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fé del registro, inscribiéndolo con oportunidad, ***resultaría que un título no inscrito por morosidad ó indolencia perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente***".<sup>166</sup>

BARRACHINA Y PASTOR, comentando la Ley Hipotecaria de 1909, decía que él entendía el art. 34 en el siguiente sentido: "Quien adquiere por título oneroso bienes inmuebles ó derechos de persona á cuyo nombre aparecían del Registro, una vez inscritos á su nombre, (ó presentado el documento al Diario, puesto que los efectos de la inscripción se retrotraen á la fecha del asiento de presentación, según dispone el art. 28) no puede quedar perjudicado por el hecho de que se anule ó se resuelva el derecho de quien se los haya transmitido ó gravado, á

<sup>165</sup> Aún hoy, GIMÉNEZ ROIG considera que el art. 34 LH. es una aplicación del art. 32, "de raigambre prusiana desde 1861. De manera que el artículo 34 no hace innecesario el artículo 32 como ha llegado a decirse". (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993. Pág., 218.)

<sup>166</sup> Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación ..., Op. cit.. Págs., 170 y 171.

virtud de título anterior no inscrito (*esto es consecuencia del art. 23*) ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro."<sup>167</sup>

En cuanto a SANZ FERNÁNDEZ, ya destacamos en el Capítulo III cómo este autor consideraba que el art. 34 LH. 1861 recogía las dos proposiciones fundamentales del principio de fe pública, eficacia de los títulos inscritos e *ineficacia de lo no inscrito frente a tercero*, siendo este aspecto *desarrollo del art. 23 LH.* pero referido a supuestos de nulidad o resolución del derecho del transferente.<sup>168</sup>

Más claramente aún, dice que el art. 34 LH. 1861 partía "**de la idea fundamental que presidió toda la reforma hipotecaria - lo no inscrito no perjudica a tercero -**", y la desarrolló "en una doble forma. 1.<sup>a</sup> Los títulos no inscritos no perjudican a tercero (**art. 23, ratificado por el 34**). 2.<sup>a</sup> Las causas de nulidad o resolución de los títulos inscritos perjudican a tercero si constan claramente en el Registro. 3.<sup>a</sup> En virtud de título inscrito se puede anular o resolver otro posterior también inscrito, siempre que la causa de la nulidad o resolución conste claramente en el Registro."<sup>169</sup> (Negr. ntra.)

Esta conexión que establecemos entre los artículos 23 y 34 LH. 1861 quedó claramente patentizada tras la reforma operada en 1869 en el art. 23 LH., pues se añadió a este precepto *un párrafo segundo relativo a acciones de nulidad procedentes de títulos anteriores no inscritos*.

Durante la sesión de 11 de enero de 1861, en el transcurso del debate en el Congreso de los Diputados sobre el proyecto de autorización al Gobierno para publicar como ley, la Ley Hipotecaria, el abogado Sr. MARICHALAR, atribuyó a la Ley Hipotecaria, con toda razón, la virtualidad de haber desheredado al derecho hereditario, pues de acuerdo con el art. 34 de la

---

<sup>167</sup> BARRACHINA Y PASTOR, FEDERICO. *Comentarios a la ley hipotecaria publicada por R. D. de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil*. Tomo I. 2ª Edición. Establecimiento Tipográfico de Hijos de J. Armengot. Castellón, 1915. Pág., 253.

<sup>168</sup> Cfr.: SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Pág., 391.

<sup>169</sup> *Ibidem*. Págs., 395 y 396. *Vid.*, epígrafe II.3 de este Capítulo sobre la interpretación del segundo párrafo del art. 34 LH. 1861.



misma, un título anterior no inscrito, como un testamento desconocido otorgado por el causante, no podría ser hecho valer frente a un tercer adquirente de buena fe, que hubiese adquirido del heredero aparente que en el Registro apareciese como titular de los bienes y con facultad para transmitirlos. En un breve espacio de tiempo (por ejemplo, los seis meses que entonces podía durar un *abintestato*, más algunos días para proceder a la inscripción del testimonio de la declaración de heredero y del inventario, a la venta de los bienes e inscripción de ésta) habría quedado destruida la acción hereditaria del heredero real (acción de petición de herencia), que en la legislación vigente tenía un plazo de prescripción de 30 años, cuando menos.<sup>171172</sup> Según el Sr. MARICHALAR, pues, un caso de protección al tercero por el art. 34 de la LH, frente a acciones derivadas de títulos anteriores no inscritos, era el de existencia de una acción de petición de herencia derivada de un mejor derecho hereditario.

Como la crítica del Sr. MARICHALAR debió hacer su mella, en 1869 se incorporó una reforma dirigida a templar el rigor de la Ley frente al derecho hereditario, y supeditar la protección al tercer adquirente de buena fe al transcurso de un cierto tiempo (5 años).

Sin embargo, y esto es lo que nos interesa destacar de cara a mostrar la conexión entre el art. 23 y 34 de la Ley, tal reforma *no se incorporó en el art. 34, como podría esperarse, y que continuó, por otro lado, hablando de protección frente a acciones derivadas de título anterior no inscrito, sino que se incorporó en el art. 23, al que se añadió un segundo párrafo del siguiente tenor: “La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales*

<sup>171</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...*, Tomo I. Vol. 2º. *Op. cit.*. Págs., 421 a 423.

<sup>172</sup> La solución que proponía MARICHALAR en tal momento, para evitar situaciones como la descrita, y que era la creación de un Registro testamentario, dice ROCA SASTRE que fue desechada por PERMANYER, por estimar que “en virtud del Derecho civil, de base romana, a la sazón vigente, los adquirentes de buena fe del heredero aparente ya estaban garantizados”. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE, MUNCUNILL, LUIS. *Derecho Hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1995. Pág., 504, nota 647).

Sin embargo, la apreciación de PERMANYER no nos parece del todo exacta, porque el Derecho romano exigía **buena fe al heredero aparente que enajenaba**, para que pudiese producirse la adquisición *a non domino* del tercer adquirente de buena fe, (Ibíd. Pág., 527) cosa que no hacía la Ley Hipotecaria. [Por otro lado, al no expresarse en el art. 34 LH. la exigencia de buena fe y de título oneroso en el tercer adquirente, podría quizás surgir la duda de si sería protegido o no un tercer adquirente del heredero aparente, con mala fe o con título gratuito, en perjuicio del heredero real, cosa que tampoco era posible en el Derecho Romano, que exigía al tercer adquirente buena fe y título oneroso. (Ibíd.)] ¿Eliminar esto?. Quizás la duda no surgiría porque se consideraría la disposición a título gratuito fraudulenta, y la buena fe era exigida por la Exposición de Motivos. La preocupación, pues, de MARICHALAR, pensamos que estaba plenamente justificada.

*adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma*". Con lo que se quiso indicar, como explicó la doctrina, que el título no inscrito del heredero real, podría perjudicar al tercer adquirente de buena fe, que hubiese adquirido del heredero aparente inscrito, durante el transcurso de cinco años a contar desde que el heredero aparente hubiese inscrito su título inexistente. Pero no podría perjudicarle pasados esos cinco años, tras los cuales la adquisición del tercero sería inatacable.

Explican GALINDO DE VERA Y ESCOSURA Y ESCOSURA que la inscripción de bienes inmuebles o derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudica *a un tercero (heredero de mejor derecho) hasta transcurridos cinco años de la misma*.<sup>173</sup> Lo que significa que, transcurrido ese plazo, las inscripciones que tengan causa de la del heredero aparente le perjudicarán, no pudiendo reclamar a esos terceros adquirentes por venta, constitución de hipoteca ... el bien que sea, pero sí repetir el precio contra el heredero aparente. Ahora bien, esto ocurre porque los terceros adquirentes *"adquirieron de quienes, según el Registro, eran dueños"*. En cambio, el simple transcurso de 5 años sin que surja un causahabiente del heredero aparente, no privaría al heredero real del derecho de reclamar la herencia a aquél; podrá hacerlo mientras no haya prescrito la acción de petición de herencia, que dura 30 años. La declaración de la nulidad del título inscrito, permitiría su cancelación y la inscripción del título hereditario del heredero de mejor derecho.<sup>174</sup>

Si tal reforma, en apariencia del art. 34, dado que el supuesto de hecho atendido por aquélla había sido subsumido en éste en las discusiones parlamentarias de 1861, se hizo en el art. 23, y además, en sentir de la doctrina, *como excepción a la regla general contenida en éste*, es que se consideraba que uno y otro artículo otorgaban al tercer adquirente una única e idéntica suerte de protección frente al título anterior no inscrito.

Y si ambos artículos otorgaban la misma suerte de protección es evidente que igualmente la supeditarían ambos al cumplimiento de unos mismos requisitos y entre ellos, el

<sup>173</sup> El tercero mencionado expresamente en el párrafo segundo del art. 23 es el heredero real.

<sup>174</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN Y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios...*, Tomo II. Madrid, 1880. *Op. cit.*. Págs., 411, 413, 415 y 416.

que señalaba expresamente el art. 34: haber adquirido de quien aparecía en el registro con derecho para transmitir.

Ya hemos destacado antes cómo GALINDO y ESCOSURA fundamentaban la protección del adquirente del heredero aparente en la confianza que había depositado en el Registro. Es evidente que tal fundamento debía existir igualmente en la disposición del párrafo 1º, con relación al tercero allí mencionado, pues lo excepcional del párrafo segundo introducido, respecto del primero, era *únicamente que la protección al tercer adquirente frente al título no inscrito no se producía automáticamente, sino pasados 5 años*. En otras palabras, si la Ley Hipotecaria en su artículo 23.2º contemplaba una *excepción*, como decía la doctrina, al párrafo primero, consistente en que los causahabientes de titulares registrales que fuesen herederos aparentes, *no consolidaban su derecho frente a títulos no inscritos automáticamente, desde que inscribían su título de adquisición, sino una vez transcurridos 5 años desde la inscripción del heredero*, hay que pensar que la regla general del precepto (art. 23. 1º) *se refería también, lógicamente, a terceros adquirentes inscritos que fuesen causahabientes de un titular registral anterior*.

Cabe, pues, deducir de lo dicho, que los artículos 23 y 34 LH. 1861 no respondían a principios distintos ni regulaban supuestos absolutamente diferentes, sino que entre uno y otro existía una estrecha conexión y que por lo tanto, el tercero contemplado en ambos era el mismo.

Prueba de que la inclusión del 23.2º en 1869 refuerza la tesis monista es que a NÚÑEZ LAGOS tal párrafo no le termina de encajar en el marco de su peculiar interpretación del art. 23 LH. 1861 (Protección de corte francés o belga al titular registral por el mero hecho de su inscripción, frente a acciones confesorias o hipotecarias derivadas de títulos o hechos no inscritos, más no respecto a acciones reivindicatorias, para lo cual era precisa la protección del art. 34, basada en la previa inscripción). Él mismo viene a reconocer implícitamente que dicho segundo párrafo dificulta su visión del art. 23 LH., al decir que " ... dadas las concomitancias históricas y técnicas entre *petitio hereditatis* y reivindicación, el párrafo a que nos referimos, [2º del art. 23] redactado de otra forma, debió incluirse por los legisladores del 69 en el

artículo 34 de la Ley y no en el 23 (hoy 32)".<sup>175</sup> ¿No será, tal vez, que el art. 23 LH 1861 no respondía a una protección basada en el mero hecho de la inscripción sino a una protección como la diseñada en el art. 34, y extendida a la acción reivindicatoria extrarregistral, no siendo en tal hipótesis incongruente la inclusión del citado segundo párrafo en dicho artículo?. Efectivamente, nosotros lo creemos así. En el fondo, esta apreciación de NÚÑEZ LAGOS sobre el párrafo segundo introducido por el legislador de 1869 en el art. 23, refuerza la tesis que hemos sostenido de la fuerte conexión entre los artículos 23 y 34 LH desde 1861.

**7. Demostración de que la reforma de 1877 efectuada en el art. 34 LH. no tuvo por objeto diferenciar los terceros de los artículos. 23 y 34 LH. sino un fin bien distinto.**

Ya vimos en el Capítulo III cómo GARCÍA GARCÍA consideraba que la Ley de 17 de julio de 1877 tuvo por fin aclarar que el tercero del art. 34 LH. era un subadquirente, mientras que el tercero del art. 23. no era más que un adquirente de un derecho real inmobiliario que inscribe. La palabra tercero habría desaparecido del art. 34 LH. para no confundir al subadquirente con el tercero de los artículos 23 y 27. Además, la reforma habría establecido la exigencia para el subadquirente del art. 34. de que su adquisición fuese onerosa, cosa que no se habría exigido al tercero del art. 23 LH.. Ambas cosas demostrarían que los terceros de los arts. 23 y 34 LH. eran diferentes.

En cambio, según GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA, *coetáneo de esta reforma de 1877*, la modificación del art. 34 LH por la Ley de 17 de julio de 1877, obedeció a las dudas que suscitaba a la doctrina el concepto de tercero, en cuanto a si *el heredero del que había adquirido en virtud de un título falso o nulo, podía ser considerado o no tercero*.

LASERNA sostenía que el heredero no era tercero, pero otros, tomando al pie de la letra el art. 27 LH., entendían que como el heredero no había intervenido en dicho acto o contrato nulo o falso, era tercero.

---

<sup>175</sup> NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro...*, N.º 251. *Op. cit.* Pág., 234.

“... Para evitar dudas [el Sr. VALERIANO CASANUEVA, autor de la proposición de ley para reformar varios artículos de la Ley Hipotecaria, que luego dio lugar a la Ley de 17 de julio de 1877] alteró la redacción substituyendo á esa palabra [la palabra “tercero”], las siguientes: << los que con aquella [la persona que figura en el Registro como propietaria] hubieren contratado>> y como la herencia no es un contrato, ya no cabía dudar que no estaban comprendidos en su letra [la del art. 34] los herederos; y aún la Comisión que dió dictamen quiso alejar todo pretexto de duda, añadiendo á las citadas palabras las de << por título oneroso >>, con lo cual se da á entender, que no se considera como tercero, aunque no haya intervenido en un acto ó contrato inscrito, el heredero del otorgante ...”.<sup>176</sup>

Otro motivo de la reforma fue igualmente aclarar que el “en cuanto á tercero” del art. 34 LH. se refería a la *persona que había contratado con quien aparecía con derecho en el Registro* y no a un *adquirente posterior* de aquélla.<sup>177</sup>

Parece, pues, que los motivos que llevaron a la reforma del art. 34 en 1877 fueron distintos a los señalados por GARCÍA GARCÍA y no tuvieron que ver con una diferenciación de los terceros de los artículos 23 y 34 LH..

**8. Demostración de que en el sentir doctrinal de la generalidad de los autores, la Ley Hipotecaria contemplaba un único tercero registral: el adquirente de un derecho real, por negocio jurídico inscrito, de una persona que en el Registro figuraba con facultades para transmitir.**

No es posible que el sentir doctrinal de la generalidad de los autores<sup>178</sup> en torno a la interpretación del art. 23 de la LH de 1861 y posteriores, hasta 1944, fuese disconforme con el espíritu del propio legislador de 1861. Si tal desacuerdo se hubiera efectivamente producido, el mismo legislador, aprovechando cualquiera de las múltiples ocasiones en que reformó la

<sup>176</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN Y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria ...*, Tomo II. Madrid, 1880. *Op. cit.* Págs., 442 a 445.

<sup>177</sup> *Ibidem.* Págs., 505 y 515.

<sup>178</sup> *Cfr.*: SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Pág., 242. Aquí dice el autor que el art. 34 de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, aceptaba el criterio que sobre el concepto de tercero tenía la generalidad de los autores.

primigenia Ley Hipotecaria, habría introducido en ella las debidas aclaraciones al respecto, de modo que quedase palpable la verdadera *mens legislatoris*. De hecho, sin embargo, no hubo ninguna reforma por la que se pretendiese dejar constancia de que el tercero del art. 23 era un adquirente de un derecho real protegido por el Registro frente a títulos inscribibles no inscritos, por la simple razón de haber dado publicidad registral a su título. Ello nos induce a pensar que la interpretación de la doctrina no distaba de la ordenación trazada por el legislador de 1861 en la redacción del art. 23.<sup>179</sup>

Reproducimos a continuación algunos textos de hipotecaristas coetáneos a la LH. de 1861 o reformas posteriores hasta 1944, como muestra de que la interpretación mantenida por la generalidad de los autores, sobre el art. 23 de la LH, era la de que el título inscribible no inscrito no perjudicaba a tercero que había adquirido e inscrito un derecho, confiando en un contenido registral previo.

**8.1. Doctrina científica coetánea a la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y a la Ley de reforma de aquélla de 21 de diciembre de 1869:**  
**CANALES E IBÁÑEZ; PÉREZ PEDRERO y SIDRO SURGA; SOLER Y CASTELLÓ;**  
**GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA y CALDERÓN NEIRA.**

CANALES E IBÁÑEZ, al comentar el art. 25 LH., dice que es complemento necesario del art. 23 LH.. Lo inscrito, sólo perjudicará a tercero, ajeno a su otorgamiento, desde la fecha de su inscripción. De lo contrario, es decir, si el acto pudiera perjudicarle desde otra fecha, caería el principio de publicidad y el resultado sería que "á pesar de la mayor diligencia, que empleara el adquirente ó el que constituyera á su favor un derecho real, *podiera ser engañado por el que apareciera como dueño en el registro*".<sup>180</sup> (Cva. y negr. ntras.)

<sup>179</sup> Es el mismo argumento que JERÓNIMO GONZÁLEZ daba para defender que el tercero registral debía de ser un adquirente de buena fe. Según JERÓNIMO GONZÁLEZ, si la interpretación que la Jurisprudencia hacía del art. 34, antes de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, negando la protección registral al tercer adquirente que conocía los vicios de la titularidad del transmitente, hubiera sido opuesta al pensamiento del legislador, y éste se hubiera propuesto anular tal interpretación, lo habría hecho en términos expresos y claros. Sin embargo, no lo hizo, por lo que JERÓNIMO GONZÁLEZ sobre la base de este argumento defendía la necesidad de que el tercero fuese de buena fe para su protección registral. *Este argumento lo trasladamos nosotros al problema de la adquisición de titular inscrito.*

<sup>180</sup> CANALES E IBÁÑEZ, NICOLÁS. *Legislación hipotecaria española. Historia, concordancia y explicación filosófica y exegetica de la Leyes de 1861 y 1869, y de los reglamentos dados para su ejecución.* Librería del

CANALES E IBÁÑEZ, piensa, sin duda, en un caso semejante a este: A, que aparece como dueño de la finca X en el Registro, la hipoteca en favor de B, que no la inscribe de momento,<sup>181</sup> y posteriormente A, *que oculta el gravamen anterior*, vuelve a hipotecar la finca en favor de C, que si la inscribe, acudiendo unos días después B al Registro, con título de fecha anterior al de C y obteniendo inscripción en su favor. Como la hipoteca de B, sólo surte efectos frente a tercero *desde la fecha de su inscripción, y no desde la fecha de su adquisición*, C tendrá un rango hipotecario preferente frente a B, y no será perjudicado por el título de éste, cuya hipoteca sólo será efectiva para garantizar su crédito, si el valor de enajenación forzosa de la finca hipotecada alcanza a cubrirlo. La disposición del art. 25, *complemento del 23*, impide así que el tercero (C, en nuestro caso), *pueda ser engañado por el que aparezca como dueño en el Registro. Luego el art. 23 contempla como sujeto protegido a un tercero que adquiere de quien en el Registro aparece con facultad para transmitir.*

*El mismo autor, comentando el art. 34 de la reformada ley hipotecaria de 1869, lo ejemplifica en un caso de doble enajenación, la primera de las cuales no llegó a inscribirse. Dice: “El que adquirió el dominio ó cualquier otro derecho real y no lo inscribió, el que enagenó una finca con condición resolutoria, y no procuró que figurara en la inscripción, a sí mismos deben imputarse que se convierta en su daño la omisión cometida. No sería justo que sufriera las consecuencias de esa omisión el que engañado por el silencio del registro, adquiriese la finca ó derecho real que otro había comprado anteriormente al que se la vendió a él, ó el que comprase como libre un inmueble sujeto á carga ó a condicion resolutoria, de que no pudo tener conocimiento por el registro.*

Empero lo dispuesto por este artículo sólo tiene lugar cuando el título posterior haya sido inscrito y desde que lo fuera... Por eso cuando esta no se ha realizado ó siquiera se ha presentado el título para su registro, sin que hayan cesado los efectos del asiento de presentación, quedan los tales actos y contratos dentro de sus condiciones naturales; pues sería injusto que el título anterior, no inscripto, fuera anonadado por el posterior, que tampoco

---

Editor D. José López Guevara. Granada, 1875. Pág., 363.

<sup>181</sup> Nótese que hasta la promulgación del Código Civil no fue constitutiva la inscripción de hipoteca.

contára con el requisito de la inscripción ...”.<sup>182</sup> (Cva. y negr. ntras.) ***Tengamos presente que si tales ejemplos de transmisión o de constitución de derecho real no inscrito, se insertan en el ámbito del art. 34 de la Ley Hipotecaria, se insertan con todas sus consecuencias, esto es, como supuestos en los que el tercero protegido es un causahabiente de un titular registral anterior; una persona que adquiere con buena fe de quien en el registro aparecía con derecho para efectuar la transmisión o gravamen.***

En definitiva pues, también CANALES E IBÁÑEZ, además de GÓMEZ DE LA SERNA, establece una relación entre los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 - 1869 y en consecuencia, contempla un único tercero protegido por la misma: el adquirente de buena fe de un titular registral anterior que aparece con facultad para realizar el negocio jurídico de que se trate.

También PÉREZ PEDRERO y SIDRO SURGA vienen a entender que el tercer adquirente, para ser protegido a raíz de la inscripción de su título, ha de haber confiado en una inscripción anterior y haber actuado con buena fe. Ello se deduce del siguiente texto extraído de su comentario del art. 23 LH.:

“Por el actual derecho [se refiere al Derecho Civil en vigor al publicarse la Ley Hipotecaria de 1861] el que adquiere la cosa por quien [léase “de quien”] ya no tenía derecho para trasmitirla, por haberla transmitido anteriormente á otro, la pierde por la accion reivindicatoria ó rescisoria que el dueño legítimo ejercita, quedando tan solo al comprador de buena fé la accion personal para repetir el precio y los daños y perjuicios de aquel que sin derecho le hizo la transmisión. Este derecho está, pues, modificado por la Ley: ***el que adquiere primeramente la cosa de su legitimo dueño y no inscribe su título en el Registro, para que conste su derecho sobre aquella cosa y la cesacion del que sobre ella tenia el trasmitente,*** no tendrá derecho a reivindicar la cosa adquirida, si éste [el transmitente originario], *suponiéndose aún dueño de ella,*<sup>183</sup> la grava ó la transmite á un tercero que

<sup>182</sup> CANALES E IBÁÑEZ, NICOLÁS. *Legislación Hipotecaria Española...* Op. cit., Pág., 421 y 422.

<sup>183</sup> Hemos resaltado esta frase porque su sentido es dudoso. Por un lado, atendiendo a la primera acepción del verbo "suponer" en el DRAE de 1780, ("dar por sentada y existente alguna cosa para pasar á otra"), de ella parecería deducirse que los autores estarían exigiendo, para que operase la protección registral, **buena fe en el transmitente**. Sin embargo, atendiendo a la segunda acepción (" fingir alguna cosa"), parecería que los autores



inscriba su derecho. La razón de la Ley estriba en el principio justo de que, el que por indolencia dejó de inscribir su derecho y por ella dió ocasión a que un tercero con buena fé contratase y *creyese dueño aun de la cosa al que no lo era, por no resultar lo contrario del Registro*, debe culparse á si mismo de las consecuencias de su abandono y no perjudicar ... al que adquirió con buena fé y por títulos legítimos”.<sup>184</sup> (Cva. y negr. ntras.)

La confianza en una inscripción anterior, como requisito indispensable para la protección del tercer adquirente, pensamos que puede inferirse de las frases que hemos resaltado en negrita.

Además, en un Registro de derechos, como lo es el español desde sus orígenes, según estos autores, sólo puede publicarse la cesación del derecho de un transmitente, por una *primera enajenación efectuada por él mismo, si consta previamente inscrito el derecho de dicho transmitente*.

En caso contrario, si no consta previamente inscrito el derecho del transmitente, el Registro podrá publicar o el simple hecho de haberse producido una enajenación o la titularidad de un adquirente - inmatriculante, por ejemplo, pero nunca la cesación del derecho de ninguno.

Luego cuando los autores hablan de que el primer adquirente, no hizo constar con la inscripción de su derecho, la cesación del de su transmitente, están dando por supuesto que el caso de doble enajenación de que tratan, en que es protegido el segundo adquirente de quien había dejado ya de ser dueño, es un caso de inexactitud registral. Un caso en que hay un contenido registral previo inexacto en que confía el segundo adquirente protegido.

---

no exigirían tal buena fe.

<sup>184</sup> PÉREZ PEDRERO, EDUARDO y SIDRO SURGA, JOSÉ. *Repertorio de la Legislación hipotecaria de España ó sea la Ley Hipotecaria, precedida de la exposición de motivos y fundamentos redactada por la comisión de Codificación; concordada con las leyes, reales órdenes, decretos, circulares y tratados internacionales que testualmente se incluyen para la mejor inteligencia de sus disposiciones; explicada con arreglo á los mas aceptables principios de derecho; comparada con el derecho hipotecario que deroga y modifica y con el derecho comun vigente que en gran parte altera y varía; y completada con el reglamento general, modelos para su ejecución, la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, é índices particulares y alfabéticos de todas las materias que abraza y comprende este Repertorio*. Tomo I. Imprenta de Luis Palacios. Madrid, 1861. Págs., 381 y 382.

Quizás los autores, al redactar este comentario, tenían presente el art. 77 de la Ley: "Las inscripciones no se extinguen en cuanto á tercero, sino por su cancelación ó *por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito á otra persona*".

Por otro lado, creer dueño aún de la cosa al que no lo es, por no resultar del Registro lo contrario, parece presuponer, igualmente, un pronunciamiento registral, que publica todavía como dueño al transmitente que dejó de serlo.

Confirma la interpretación que hemos hecho del comentario del art. 23 de la LH. de PÉREZ PEDRERO y SIDRO SURGA, el siguiente texto de los mismos autores, enmarcado dentro de su comentario al art. 34 LH.:

"En el art. 33 se previene que la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes: naturalmente se deduce que la disposición de la Ley se referia en sus efectos á aquellos casos en que la cosa ó derecho real, objeto de la inscripción, no hubiese pasado á poder de un tercero, ó en que este no hubiese adquirido otro derecho real sobre la misma cosa, ó sobre el derecho real constituido en el acto ó contrato, que, aunque inscrito, fuese declarado nulo. *Ahora, consecuente la Ley con el precepto en que descansa, de que la inscripción de los títulos en el Registro es una garantía de la estabilidad y firmeza de los derechos adquiridos por un tercero, siempre que se los haya dado ó constituido persona que resulte del mismo Registro con capacidad y derecho para hacerlo*, ha establecido en el artículo que venimos examinando [el art. 34], que las acciones de nulidad ó resolutorias de los actos y contratos no se darán contra tercero que haya inscrito su derecho, por mas que se anule el derecho del que otorgó al tercero el suyo ... cuando el derecho adquirido por el tercero, le haya sido transferido ó constituido por persona que aparezca en el Registro con derecho para ello, y siempre que la nulidad del acto ó contrato proceda de otro acto ó contrato no inscrito, ó bien de causas que no resulten claramente del Registro mismo".<sup>185</sup> (Cva. y negr. ntras.)

---

<sup>185</sup> PÉREZ PEDRERO, EDUARDO y SIDRO SURGA, JOSÉ.. *Repertorio de la Legislación hipotecaria... Op. cit.* Pág., 403.

Es decir, en opinión de los mencionados comentaristas, la Ley tiene un precepto o principio directriz, consistente en que la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad es garantía de la firmeza de los derechos adquiridos por un tercero, ***siempre que los haya adquirido de la persona que según el mismo Registro, resulte con derecho para transmitirlos o constituirlos***, de modo que todo lo que no resulte del mismo Registro (otro título, un vicio existente en un negocio jurídico anterior del que trae causa el celebrado por el tercero, una acción ...) ***no podrá perjudicar la estabilidad y firmeza de su adquisición, que es inatacable***. Y aplicación de tal principio directriz es el precepto del art. 34 LH..

A la vista de estas consideraciones resulta difícil admitir que el tercero tradicionalmente contemplado en la Ley Hipotecaria desde 1861, como afirma GARCÍA GARCÍA,<sup>186</sup> es aquél que simple y llanamente inscribe su título y por tal motivo es protegido frente a otros títulos no inscritos. Parecería, desde luego, lo contrario; que el tercero contemplado por la Ley Hipotecaria de 1861 era un tercero que había confiado en una inscripción registral previa como condición indispensable para la inatacabilidad de su adquisición.

En relación con lo que venimos diciendo, SOLER Y CASTELLÓ afirma que según la Ley Hipotecaria ***"la venta de una finca por el que no es dueño de ella según el Registro, no puede inscribirse, y por lo tanto, el que la adquirió no puede asegurar su derecho***; podrá proceder criminalmente contra el que se fingió dueño de la cosa vendida, y si tiene bienes recobrar el precio entregado; ***más nunca será dueño de la cosa falsamente enajenada por no poder inscribirla***". Luego, según este autor, el poder asegurar un derecho depende de haber adquirido de quien es dueño de la finca según el Registro y haber inscrito.<sup>187</sup>

A propósito del art. 38 de la LH. dice: "... Según el art. 38 de la Ley Hipotecaria, párrafos 1º y 4º, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, ***por la doble venta de una misma cosa*** cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita; ***lo cual se funda*** como dice uno de los redactores de dicha Ley, el Sr. GÓMEZ DE

<sup>186</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral ...*, Tomo I. Op Cit.. Pág., 332.

<sup>187</sup> SOLER Y CASTELLÓ, FEDERICO. *Diccionario de la legislación hipotecaria ...*, Tomo II. Op. cit.. Pág., 227.

LA SERNA, *en que la Ley Hipotecaria*, si bien en nada altera los efectos de las obligaciones entre los contrayentes, *sólo trata de evitar perjuicios al tercero que con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente*".<sup>188</sup> De estas palabras resulta que la protección frente a un título no inscrito del art. 23 se supedita a la confianza en la exactitud del registro y a la buena fe, y que, por lo tanto, el supuesto del art. 23 es uno, de los muchos que puede haber, de protección frente a una inexactitud registral.

Además, según SOLER Y CASTELLÓ, la relación entre los artículos 23 y 34 de la LH. es tal, que éste es *consecuencia* de aquél.<sup>189</sup> Así el art. 23 contendría un principio general y el art. 34 lo aplicaría a un caso concreto. Mas el precepto que aplica un principio a un caso concreto, evidentemente *contiene en sí tal principio* y no se aparta del mismo, porque de lo contrario, si se apartase, no sería aplicación del principio sino excepción al mismo. Por lo tanto, si el art. 34, consecuencia del 23, *exige para un caso concreto* (protección frente a la nulidad o resolución del derecho del transmitente o constituyente) *la confianza en los asientos del Registro, es porque el principio general que aplica a dicho caso, contenido en el art. 23 LH., también lo exige*.

En la cuarta edición de su obra, en el comentario al art. 23, GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA manifiestan una clara postura monista en torno a los arts. 23 y 34 LH. y 1473.2 del CC.. Explican que el art. 23 LH. introdujo un gran cambio en los principios generales del Derecho Civil y explicando tal cambio señalan que de acuerdo con el Derecho Civil "no había acción real para reivindicar la propiedad y los derechos reales, si no mediaba tradición, ó lo que es lo mismo, posesión de las cosas inmuebles; y aunque este principio sigue subsistente para los otorgantes, á cuyo arbitrio queda inscribir ó no el contrato; no así **para los efectos de la seguridad de un tercero** [nótese que están parafraseando el famoso texto de la Exposición de Motivos de la LH, tan utilizado en su favor por los autores dualistas], *que sólo considerará como señor de la cosa raíz, al que tenga inscrito el*

---

<sup>188</sup> Ibídem. Pág., 630.

<sup>189</sup> Ibídem. Págs., 236 y 237.

*dominio y derechos reales"*. (Cva. y negr. ntras.) Y en tal sentido citan las sentencias de 3 de Octubre de 1882; 30 de mayo de 1883 y 4 de abril de 1884.

Continúan diciendo que "*con arreglo a esta doctrina, aceptada en el art. 1473 del Código Civil*, cuando se otorga una escritura de venta y no se inscribe, pero se entrega la cosa al comprador, éste es dueño; mas sólo con relación al vendedor, nunca con relación á otros adquirentes que cuidaron de inscribir su derecho: si se inscribe, será dueño con relación á todos, aunque no haya mediado tradición; y si no inscribe ni media tradición, no se entiende en ningún caso traspasado el dominio al comprador, ni con referencia al que vende, ni al tercero. En este sentido se modificó la Ley 50, tit. 5º, Partida 5ª (S. de 26 de febrero 1883)".<sup>190</sup> (Cva. y negr. ntras.)

Por si quedasen dudas en cuanto al monismo de GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA, reproducimos una afirmación de los autores vertida en el comentario a los arts. 69 de la LH. de 1869 y 65 del RH 29 - X- 1870.<sup>191</sup> "*La aplicación de ambas disposiciones es difícil á veces, y en otras de muy corta utilidad, puesto que su doctrina no es más que la repetición del principio fundamental de la LH., respecto a inscripciones, aplicado á las anotaciones: título no inscrito ni anotado, no produce efectos contra tercero que ha adquirido de quien tiene inscrito su título, y aparece en el Registro como dueño.*"<sup>192</sup>

En 1885 publica MANUEL CALDERÓN NEIRA unos "*Estudios Hipotecarios*" en los que como cuestión segunda se plantea "*Como debiera definirse el tercero*". La pregunta, como reconocía el autor, "envuelve en su contestación el sistema completo de nuestra Ley Hipotecaria, pues fijar la noción de tercero, exponer la que debiera contenerse en la Ley, equivale á reducir toda ella á una definición ... [A] nuestro juicio una exacta y clara definición de tercero debe considerarse como esencial en la Ley Hipotecaria. Si ésta aparece como un intrincado laberinto, si tantas dificultades presenta su estudio, si es alguna vez inconsecuente

<sup>190</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo II. 4ª Edición. ..., *Op. cit.*. Pág., 280 y 281.

<sup>191</sup> Art. 65 RH 1870: "El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho dejare de hacerlo, no podrá después inscribirlo á su favor, en perjuicio de tercero que haya adquirido é inscrito el mismo derecho con las circunstancias contenidas en el art. 34 de la ley".

<sup>192</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo II. 4ª Edición. ..., *Op. cit.*. Pág., 650.

con su sistema, consiste precisamente en haberle faltado una exacta definición de tercero y en no haberse acomodado estrictamente á ella cada vez que al tercero se refiriese".<sup>193</sup>

Para desentrañar el intrincado laberinto y determinar quién es el sujeto que goza de las ventajas que la Ley Hipotecaria concede, CALDERÓN NEIRA acude a numerosos preceptos del articulado distintos del art. 27, que considera inaceptable y absurdo.<sup>194</sup> De la lectura de tales preceptos deduce que "la Ley trata de evitar que *el que adquiere de persona que en el Registro aparece con facultad de transmitir y ha inscrito, sea perjudicado por derechos ó acciones que no resulten del Registro mismo*".<sup>195</sup>

En apoyo de este convencimiento cita el art. 69 de la LH. de 1869, relativo a determinadas anotaciones, y el art. 65 del RH. de 29 de octubre de 1870, relativo a las anotaciones preventivas en general. [Es de destacar que este artículo, concordante con el 69 LH., hacía remisión a los requisitos del art. 34 LH..]

Igualmente, cita los artículos 34, 36 y 38 de la mencionada Ley, indicando que si bien los dos últimos preceptos no exigen la circunstancia de que el tercero haya adquirido de persona que según el Registro tenga derecho a transmitir, ello "*se deduce tácitamente al considerar que nadie puede inscribir sin que el transmitente tenga inscrito su derecho, como dispone el art. 20: las excepciones que á este artículo pueden señalarse no deben ser á su vez excepción de la regla que establecemos, máxime si se tiene en cuenta ... que también la circunstancia de haber adquirido de quien, según el Registro, tenga derecho á transmitir está exigida por el espíritu de la Ley*". (Cva. y negr. ntras.) [Idea que viene a coincidir con las que expusimos en el epígrafe II.5.2]

"... Si el derecho que debió anotarse y no consta de ese modo, si las acciones de nulidad, las rescisorias y las resolutorias, que tampoco aparecen del Registro, *no perjudican al*

<sup>193</sup> CALDERÓN NEIRA, MANUEL. *Estudios Hipotecarios*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1885. Pág., 43 y 44.

<sup>194</sup> Para CALDERÓN NEIRA, de la letra del art. 27 se deduce que *tercero es el que no ha inscrito*, por lo que aplicando tal definición y el art. 23 resultaría que si A, titular inscrito, vende a B una finca, y éste inscribe su compra, *por el hecho de haber inscrito no será tercero, perjudicándole una hipoteca anterior no inscrita, constituida por A en beneficio de C*. (Ibidem. Págs., 45 y 46)

<sup>195</sup> Ibidem. Pág., 48

*que haya adquirido de persona que tenga, según el Registro, derecho á transmitir, y haya inscrito*, estamos autorizados para decir *que los títulos no inscritos no perjudican al que ha inscrito y adquirió de persona que, según aquél, tenía derecho á transmitir. La razón es la misma en este caso que en los anteriores; la excepción sería injustificable*: siempre resultará en todos esos casos que el adquirente vió en el Registro una finca inscrita á favor de determinada persona; que esos títulos no inscritos, acciones rescisorias y resolutorias y derechos que debieran anotarse, no constaban en el mismo; que en la creencia de que no existían, contrató y publicó su derecho, inscribiéndole: *la razón dicta que la solución dada á un caso debe servir de regla para los demás*". (Cva. y negr. ntras.) [Con estas palabras CALDERÓN NEIRA parecería anticiparse en la refutación de una posible opinión que aislase el art. 23 LH. del contexto de la Ley, y al no ver exigido expresamente en el precepto el requisito de adquirir de titular registral, lo negase para el caso de protección frente a títulos no inscritos.]

El sistema de la Ley - concluye - se reduce al siguiente principio, *"que lo que no conste en el Registro no perjudique al que adquirió del que según el mismo tenía derecho á transmitir y ha inscrito"*.<sup>196</sup> El sujeto favorecido por la ley, el tercero, es, pues, aquél que reúne tales requisitos e inscribe un derecho real.

No basta una anotación preventiva porque ésta no produce los efectos de la inscripción, prueba de lo cual es que al ser convertida la anotación en inscripción, los efectos de ésta se retrotraen a la fecha de la anotación (art. 70 LH 1869). Si ésta produjera efectos equivalentes a los de la inscripción, no sería preciso retroacción y la Ley se limitaría a declarar que la anotación convertida continuaría produciendo indefinidamente sus efectos.<sup>197</sup>

En cuanto al espíritu de la Ley, que también hemos visto que alegaba en apoyo de su interpretación, dice que la Ley Hipotecaria es una Ley de crédito territorial y que para que éste se desarrolle es preciso que se dé seguridad al adquirente en sus derechos, la cual no es otra que "tener por verdad legal lo que conste del Registro mismo". El inmatriculante [entonces, el que inscribía un título otorgado por persona que había adquirido el derecho que

<sup>196</sup> CALDERÓN NEIRA, MANUEL. *Estudios ..., Op. cit...* Págs., 48 a 53.

<sup>197</sup> *Ibíd.* Págs., 53 a 55.

transmitía, antes del 1 de enero de 1863] *no puede alegar la confianza en el Registro, que no le señala al dueño, por lo que si adquiere de quien no lo era, sabe el peligro a que se expone; si existen gravámenes deben perjudicarle e igualmente los posibles vicios de la adquisición de su causante.*<sup>198</sup>

Finalmente declara que la definición de tercero es aplicable a los artículos 23.1º, 35, 114, 120, 396,<sup>199</sup> a muchos casos que pueden englobarse dentro de los artículos 36, 37 y 38 (aunque no a todos porque a veces la Ley se aparta de su sistema) y a los artículos 34 y 69 de la Ley y 65 del Reglamento.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> Ibídem. Págs., 51 y 52.

<sup>199</sup> Art. 35: La prescripción que no requiera justo título, no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla.

Tampoco perjudicará á tercero la que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro.

El término de la prescripción principiará á correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.

Art. 114: "La hipoteca constituida á favor de un crédito que devengue interés, no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente".

Art. 120: "Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad á que respectivamente estén afectos y la que á la misma corresponda por razon de intereses, con arreglo á lo prescrito en los anteriores artículos."

Art. 396: "Desde la publicación de esta ley no se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y en las oficinas del Gobierno ningun documento ó escritura de que no se haya tomado razon en el Registro, por el cual se constituyeren, trasmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá admitirse en perjuicio de tercero el documento no inscrito y que debió serlo si el objeto de la presentacion fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscrito.

También podrá admitirse el expresado documento cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel documento."

<sup>200</sup> Ibídem. Pág., 64.



**8.2. Doctrina científica coetánea a la nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, elaborada a raíz de la Ley de reforma hipotecaria de 21 de abril de 1909. BARRACHINA Y PASTOR; MORELL Y TERRY; BERAUD y LEZÓN y CAMPUZANO Y HORMA.**

Dejando a los coetáneos de las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 y leyendo textos de los coetáneos de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, el resultado al que se llega es el mismo. La doctrina entiende que no sólo el art. 34 LH., sino también el art. 23 de la misma, se funda *en la confianza del tercero en la exactitud de una inscripción registral previa*, de modo que el sujeto amparado por el Registro es único.

BARRACHINA Y PASTOR afirma que el artículo 34, en la redacción dada por la Ley de 17 de julio de 1877 que pasó íntegra a la novísima ley de 16 de diciembre de 1909, "es, sin duda alguna, el más fundamental de los del derecho hipotecario; *en el descansa el concepto jurídico de tercero ...*".<sup>201</sup> (Cva. y negr. ntras.) Del art. 23 dice que "constituye uno de los principios, sin duda el más importante, en que se basa nuestro régimen hipotecario, cual es el de la *publicidad del Registro*"<sup>202</sup> y que "*... solamente es aplicable ... en este caso: cuando en el Registro haya inscripción contradictoria con los títulos mencionados en los artículos 2º y 5º que no hubiesen sido inscritos, y la hubiese obtenido quien tenga la cualidad de tercero ...*" El art. 23 supone que existe inscripción del inmueble ó derecho que á la vez es objeto de transmisión ó gravámen por documento no llevado á Registro. El inscribiente *si tiene la cualidad de tercero*, excluye al titular perezoso; en este mismo principio se funda el citado art. 1473, cuando dispone que si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Así se desprende combinando el párrafo 2º con el 1º de dicho precepto".<sup>203</sup> (Cva. y negr. ntras.)

<sup>201</sup> BARRACHINA Y PASTOR, FEDERICO. *Comentarios a la ley hipotecaria...*, Tomo I. 2ª Edición..., *Op. cit.* Pág., XIII.

<sup>202</sup> *Ibidem*. Pág., 163.

<sup>203</sup> *Ibidem*. Pág., 164.

Para MORELL Y TERRY, puede afirmarse que siempre que la ley habla de perjuicio a tercero, ese tercero es el que define el art. 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió; y *siempre que habla de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que define el Sr. Calderón, el que funda su derecho en un título inscrito*".<sup>204</sup> MORELL Y TERRY unifica, pues, en uno sólo el concepto de tercero de los arts. 23 y 34 a 38 de la LH.. Es más, dice literalmente el autor que "el art. 69 emplea la palabra tercero en el mismo sentido que el primer párrafo del art. 23".<sup>205</sup>

Y más adelante dirá que el art. 606 CC. expresa el pensamiento del art. 23 de un modo más perfecto, refiriéndose al hablar de títulos *anotados* a las anotaciones que se extienden por defectos de los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles, y que son precursoras de una inscripción definitiva, como indica la sentencia de 2 de marzo de 1910. Como ejemplo subsumible en los arts. 17, 20, 23 y 1473 del CC., cita el siguiente, extraído de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: "Inscrita una casa a nombre de una señora, se constituye por ella y otras personas una sociedad a la que se aporta dicha casa. La sociedad no se inscribe [no inscribe su dominio, quiere decir] y la señora constituye hipoteca sobre la finca. El acreedor hipotecario es un tercero a quien no afecta la sociedad cuyo derecho no se registró, y por tanto ésta sufre el perjuicio. Sentencia de 26 de Marzo de 1901".<sup>206</sup>

Más adelante parece, sin embargo, contradecirse e insinuar que los titulares registrales por el mero hecho de su inscripción no deberían ser perjudicados por títulos no inscritos:

"... conviene fijarse en que el art. 34, tanto en la primitiva ley, como en las posteriores, habla de actos o contratos otorgados por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, favoreciendo sólo al que adquiere de persona que tiene inscrito su derecho en el Registro. *De modo que aquél que inscribe por primera vez una finca o un derecho fundado en títulos anteriores al año 1863 o al 1909, no puede acogerse a los beneficios del art. 34, no resulta protegido en la ley ni al inscribir ni al pasar los dos años que marca el art. 20,*

<sup>204</sup> MORELL Y TERRY. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Tomo 2º. Artículos 6 a 41. Hijos de Reus, Editores. Madrid, 1917. Págs., 531 y 532

<sup>205</sup> *Ibidem*. Pág., 540.

<sup>206</sup> *Ibidem*. Págs., 543 y 544.

*al menos con arreglo a la letra del artículo. Tampoco parecen merecer ese beneficio los que inscriben por primera vez en virtud de expediente de dominio o de sentencia declarativa de ese derecho. Y, sin embargo, ¿quién duda de que al fundarse en títulos inscritos y títulos que no son de posesión si se trata de adquisiciones por causa onerosa, son verdaderos terceros comprendidos en el espíritu de la ley que no deben ser perjudicados por causas o títulos que no consten en el Registro?."*<sup>207</sup> MORELL parece, pues, inclinarse hacia una tesis dualista del tercero registral, pese a sus anteriores afirmaciones. He aquí, por lo tanto, los conatos dualistas de MORELL Y TERRY de que hablamos en el Capítulo III (Cfr.: epígrafe I.)

Para BERAUD y LEZÓN, el sistema de principios integrantes de la Ley Hipotecaria está inspirado en el sistema germánico. El tercero favorecido, verdadero tercero surgido del sistema de principios integrantes de la ley, es el adquirente que se antepone en la inscripción, en caso de colisión de derechos reales, a un primer adquirente de igual o anterior fecha, siempre que tal adquirente, *"sobre la base de los resultados que el Registro le muestra, y atribuyendo la fe debida a sus asientos", hubiese contratado "con el titular del respectivo derecho previamente inscrito a nombre del transferente"*. (Cva. y negr. ntras.) Como tal tercero protegido por el Registro, su derecho es inmune a acciones rescisorias y resolutorias derivadas de causas que no consten explícitamente en el Registro (arts. 36 a 38), e igualmente es inmune en los casos del art. 34 LH.. Estos autores tienen, pues, un concepto unitario del tercero hipotecario.<sup>208</sup>

"Para tener y gozar [del carácter de tercero], examinando los arts. 23 y 27 a la luz del 34, deben concurrir los siguientes requisitos: 1.º Que el derecho esté inscrito (art. 23). 2.º *Adquirir de quien en el registro sea dueño* (art. 20). 3.º No haber intervenido en el acto o contrato inscrito (art. 27). 4.º, 5.º y 6.º Adquirir a título oneroso, que la causa de nulidad o rescisión no conste en el Registro y que no haya título inscrito; y para el caso de haberlo, que se notifique la inscripción a los que, con veinte años, hayan poseído, según el Registro, los

<sup>207</sup> Ibídem. Pág., 616.

<sup>208</sup> BERAUD, FRANCISCO y LEZÓN FERNÁNDEZ, MANUEL. *Tratado...*, Tomo I. *Op. cit.* Págs., 445 a 448.

mismos bienes y no hubieran reclamado contra ellos en el término de treinta días (art. 34) y 7.º Que se haya adquirido de buena fe, Jurisprudencia del Supremo".<sup>209</sup>

CAMPUZANO Y HORMA, por su parte, dice que "La Ley Hipotecaria es conocida generalmente con el sobrenombre de ley de terceros, indicándose así la finalidad primordial de la misma, que no es otra que la de proteger el derecho o el interés de las personas que pueden considerarse incluidas dentro de ese concepto de tercero".<sup>210</sup>

CAMPUZANO Y HORMA trata de definir quiénes son terceros para los efectos de la LH., distinguiendo los cuatro sentidos en que el vocablo "tercero" es empleado en el lenguaje jurídico.

En sentido vulgar, tercero es la persona que no es parte en un contrato. Se trata del tercero civil que queda fuera de la LH. y al que son aplicables los preceptos del Derecho Civil.<sup>211</sup>

En sentido doctrinal, tercero es "el que, no siendo parte en el acto o contrato, ha inscrito su derecho, adquiriéndolo a título oneroso *de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir*". *Este tercero científico "representa - dice - el concepto fundamental y matriz de toda la ley". Es el tercero por antonomasia, "a quien verdaderamente quiso proteger la ley Hipotecaria"*.<sup>212</sup> (Cva y negr. ntras.)

En sentido legal, la palabra tercero es utilizada por la LH. en una doble acepción. La Ley distingue dos clases de terceros. *El tercero favorecido por la inscripción, que es el del art. 23, el tercero científico. Se está en presencia del mismo siempre que la ley utiliza la expresión "no ser perjudicado un tercero", como dice MORELL*. El segundo tercero que contempla la Ley es el tercero perjudicado por la inscripción, al que se refiere el art. 27, y es

---

<sup>209</sup> Ibídem. Págs., 455 y 456

<sup>210</sup> CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. *Elementos de Derecho Hipotecario*. Tomo I. 2ª Edición, reformada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931. Pág., 385.

<sup>211</sup> Ibídem. Pág., 386.

<sup>212</sup> Ibídem. Págs., 386, 388 y 394

aquel que ni ha intervenido en el acto o contrato que se inscribió, ni ha inscrito. Siempre que la Ley habla de *perjudicar a tercero*, se refiere a este tercero como también decía MORELL.

Finalmente, en sentido jurisprudencial, tercero es el que además de reunir las características del tercero doctrinal, adquirió con buena fe. "En efecto, de la abundante y copiosa jurisprudencia de nuestro primer Tribunal se puede inferir este silogismo: el fundamento de la protección que a los inscribientes concede el Registro se halla en la publicidad; de aquí se deduce que la protección se otorga por virtud de la misma publicidad, no por virtud del Registro, puesto que éste no es más que órgano de aquélla; luego cuando la publicidad tenga otro modo de actuar, aunque no sea a través del Registro, habrá de existir la misma protección. No es necesario ningún esfuerzo para ver el enlace de esta doctrina con la necesidad de la buena fe; para proteger al tercero lo que interesa es *que pueda saber* aquello que ha de perjudicarle; la manera, *el procedimiento de hacérselo saber*, es indiferente, con tal que sea seguro. Sería una inmoralidad permitir que el que tiene conocimiento de una obligación lograra eludirla alegando que no constaba en el Registro.

Por esto el Tribunal Supremo ha declarado (según sintética condensación que de la jurisprudencia hace atinadamente el Sr. MORELL) << que no puede alegar su cualidad de tercero hipotecario *aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificarse la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro*, ya ese conocimiento se derive de actos realizados por el supuesto tercero, ya de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, cual acontece, por ejemplo, respecto a determinadas servidumbres aparentes, si bien no deben admitirse presunciones más o menos lógicas o racionales, contradictorias en realidad del esencial fundamento y alcance de los preceptos de la ley Hipotecaria, ni cabe obligar tampoco a los interesados a que hagan un estudio jurídico de las condiciones de los bienes o derechos inscritos >>. <sup>213</sup>

Sobre la base de estos textos que hemos leído y extractado de la obra de CAMPUZANO Y HORMA, no nos parece que en este autor aparezcan los conatos de dualismo que, como ya dijimos en el Capítulo III, le atribuyen ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL. <sup>214</sup>

<sup>213</sup> Ibidem. Págs., 389 y 390

<sup>214</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*

### 8.3. Recapitulación.

Recapitulando sobre los textos recogidos en este epígrafe, podemos, en consecuencia, afirmar que, salvo los conatos dualistas de MORELL Y TERRY, la opinión más general de la doctrina científica era la de existir un único sujeto protegido por el Registro en los arts. 23 y 34 de la Ley Hipotecaria, que era aquel que inscribía un derecho, habiéndolo adquirido a título oneroso y con buena fe del que figuraba en el Registro con facultades para transmitir. Si tal opinión hubiera sido contraria a la *mens legislatoris*, el legislador, como decíamos al inicio de este epígrafe, la hubiera corregido de manera rotunda aprovechando alguna de las muchas modificaciones introducidas en la primigenia Ley de 8 de febrero de 1861. Si no lo hizo, hay que deducir que la interpretación de la generalidad de la doctrina científica reflejaba el verdadero sentido de la Ley, y, en definitiva, que tiene escaso fundamento la opinión de quienes consideran que en la Ley Hipotecaria de 1861 fue introducido un tercero latino en su art. 23.

### 9. Refutación de la tesis dualista atendiendo al espíritu de los trabajos preparatorios de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y al espíritu de la propia Ley de reforma, inducido de aquéllos y de su Exposición de Motivos.

En nuestra opinión, también los trabajos preparatorios de la reforma de la Ley hipotecaria operada en 1944 - 1946, avalan la tesis monista del tercero hipotecario que sostenemos.

Así lo hace la 1ª Base de las cinco, a que, según Orden Ministerial de VICENTE CANTOS FIGUEROLA, (año 1934), debía sujetarse la formación de un proyecto de reforma hipotecaria por la Comisión Jurídica Asesora (equivalente a la Comisión de Códigos). En dicha base se manifestaba una voluntad de reforma de la Ley Hipotecaria orientada a la aceptación de las modificaciones técnicas de mayor interés que pudieran ser recogidas de los Códigos civiles alemán y suizo, o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias de Alemania y Suiza, es

decir, se manifestaba una voluntad de reforma *orientada hacia una mayor aproximación a los sistemas de desenvolvimiento técnico*, aproximación que ya vimos cómo pronosticó en su día el Ministro NEGRETE. El texto de la citada Base Primera era el siguiente: "Se conservarán en lo posible el espíritu, estructura y texto de la ley Hipotecaria vigente, aceptando las modificaciones técnicas de mayor e indiscutible interés que puedan ser recogidas de los Códigos civiles alemán y suizo, o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias".<sup>215</sup>

Más significativo aún es el Anteproyecto de ley de reforma hipotecaria redactado por JOSÉ MARÍA PORCIOLES, Director General de los Registros y del Notariado, y que sirvió de base a los trabajos de la Comisión nombrada en 1943 para preparar un Proyecto de Ley de reforma de la Ley Hipotecaria, que vino a ser luego la "Ley de 30 de diciembre de 1944 de reforma de la Ley Hipotecaria" [de 1909].<sup>216</sup>

De dicho Anteproyecto destaca especialmente su propuesta de nueva redacción de los arts. 606 y 607 del CC., con el siguiente tenor:

Art. 606: "Los asientos en el Registro *se presumirán exactos e íntegros* a favor de sus respectivos titulares, mientras no medie declaración judicial de inexactitud registral".

Art. 607: "El tercero que, en virtud de un negocio jurídico a título oneroso, hubiese adquirido e inscrito a su favor el dominio o cualquier otro derecho real, fundándose de buena fe en un asiento registral, será mantenido en su derecho, aunque los términos del Registro no concuerden con la realidad jurídica".

Igualmente es de destacar lo que se manifestaba en dicho Anteproyecto con relación a la fe pública registral. Se decía:

"De acuerdo con lo que dispone el artículo 607 del Código Civil [en la nueva redacción propuesta], el tercer adquirente a título oneroso de buena fe será mantenido en su adquisición en los términos que resulten del registro, aunque éstos fueren inexactos. Sólo

<sup>215</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...* Tomo III. *Op. cit.*, Pág., 3.

<sup>216</sup> *Cfr.*: ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...* Tomo III. *Op. cit.*, Pág., 19.

**podrán afectar los actos, hechos, derechos y acciones que, mediante un asiento especial o condición expresa, consten consignados clara y detalladamente en los folios registrales del correspondiente inmueble".** <sup>217</sup>

Puede apreciarse que el Anteproyecto venía a sustituir el tono negativo del art. 23 de la LH. de 1909 y del art. 606 CC. por las dos siguientes afirmaciones positivas que era posible deducir de lo expuesto:

En primer lugar, *el Registro se presume íntegro* en beneficio del tercero que adquiriera en virtud de negocio jurídico, a título oneroso, un derecho real limitado o el dominio, fundándose de buena fe en un asiento registral; ello aunque el Registro no concuerde con la realidad jurídica (es decir, aunque existan derechos reales sobre la finca objeto del negocio, que no figuren en el folio registral de la misma), siendo mantenido en su adquisición en los términos que resulten del Registro (con omisión, por lo tanto, de lo que no figure en el folio registral).

En segundo lugar, *sólo podrán afectar al tercero (que es aquél que reunía los requisitos del proyectado art. 607 CC.) los derechos, actos, acciones y hechos que consten consignados en el folio registral.*

Esta última aseveración respondía claramente al espíritu del antiguo artículo 23 LH. de 1861 y de su Exposición de Motivos, que ya vimos. [Cfr.: Capítulo I, epígrafe ... ] Lo que allí se decía en tono negativo (lo no inscrito no perjudica a tercero) se decía ahora en tono afirmativo (sólo lo inscrito le afecta o perjudica) y con evidente referencia al tercero que adquiriría fundado en un asiento registral.

En cuanto a la presunción de integridad de los asientos, se hacía explícito ahora algo que ya estaba implícito en la formulación negativa del art. 23 LH. 1861 y en su Exposición de Motivos. El dominio y los demás derechos reales no se consideraban constituidos o traspasados, en cuanto a tercero hipotecario, mientras no constase su inscripción en el

<sup>217</sup>

ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...*, Tomo III. *Op. cit.* Págs., 5 y 6.



Registro - decía la Exposición de Motivos - *porque éste se presumía íntegro*. Para los efectos de la seguridad del tercero, teniendo presente siempre que éste debía ser de buena fe, no existían más derechos ni más titulares que los que figurasen en el folio registral abierto a la finca. Este es el sentido que tenían aquellas palabras, tan conocidas, de la Comisión de Codificación. El Registro se presumía *implícitamente* íntegro en favor del tercero hipotecario. Ahora el anteproyecto de PORCIOLES sentaba *expresamente* la misma presunción.

Entre los trabajos preparatorios de la Ley de 30 de diciembre de 1944 de reforma de la Ley Hipotecaria, podemos incluir también los generados por su tramitación en las Cortes Españolas. De ellos queremos destacar fundamentalmente dos: una enmienda del Procurador REYES MORALES al art. 34, en el sentido de sustituir el término "tercero" por "quien adquiera", y la defensa que del dictamen elaborado por la Comisión de Justicia, hizo FERNÁNDEZ CUESTA en nombre de la Comisión.<sup>218</sup> Los destacamos por constituir un testimonio de valor en el sostenimiento de la tesis monista.

He aquí los fundamentos en que el Procurador REYES MORALES apoyaba su enmienda al art. 34:

---

<sup>218</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...* Tomo III. *Op cit.* Págs., 97 y 98 y 210.

La tramitación de la Ley de reforma discurrió por los siguientes pasos.

El 27 de abril de 1944, el Consejo de Ministros remitió a la Presidencia de las Cortes Españolas el Proyecto de ley de reforma tal y como había sido redactado por la Comisión designada al efecto e integrada por JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES Y COLOMER (Presidente de la misma y autor del Anteproyecto de que hemos hablado antes), JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, EDUARDO LÓPEZ PALOP, ÁNGEL TRAVAL Y RODRÍGUEZ DE LANCÍN (sustituido por RAIMUNDO NOGUERAS GUZMÁN), CIRILO GENOVÉS AMORÓS, JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ (luego partidario de la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación) y ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ.

La Presidencia de las Cortes ordenó que el Proyecto se remitiese a la Comisión de Justicia y se publicase en el Boletín Oficial de las Cortes para que los Procuradores, cualquiera que fuese la Comisión a que perteneciesen, pudiesen enviar a la Ponencia encargada de su estudio, las enmiendas y sugerencias que estimasen pertinentes. La Ponencia (integrada por MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, RAIMUNDO FERNÁNDEZ CUESTA, JOSÉ MARÍA OLAZÁBAL ZALDUMBIDE, JOSÉ PAGÉS COSTART y ROBERTO REYES MORALES) elevó un informe el 2 de diciembre de 1944 a la Comisión de Justicia, en el que se analizaban las enmiendas y sugerencias de los Procuradores y se proponía que se diese nueva redacción a determinados artículos o se mantuviese la redacción del Proyecto. Visto el informe, la Comisión de Justicia elevó a la Presidencia de las Cortes el 14 de diciembre de 1944 un dictamen sobre la Ley en el que se introdujeron brevísimas modificaciones al texto del informe.

El dictamen de la Comisión de Justicia fue presentado y leído ante el Pleno de las Cortes, y defendido, a continuación, por FERNÁNDEZ CUESTA en nombre de la Comisión. Tras su defensa y la intervención del Ministro de Justicia, AUNÓS, se procedió a la votación de la Reforma de la Ley Hipotecaria que quedó aprobada con el voto en contra del Procurador RODRÍGUEZ JURADO. (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...*, Tomo III. *Op. cit.* Págs., 19, 21 a 23, 210, 225 y 241).

"Somos del criterio, muy extendido, que la Ley Hipotecaria ... debe huir de consignar en su articulado ... verdaderas definiciones. El comienzo del presente artículo 34 es toda una definición: Se precisa el concepto del tercero con los clásicos requisitos que la técnica ha precisado modernamente.<sup>219</sup>

Nosotros, repetimos, *aun compartiendo la saludable idea que inspira la redacción del proyecto*, hemos estimado prudente suprimir en ella la palabra *el tercero* para ser sustituida por *quien adquiera*. Con tal pequeña reforma, el concepto del tercero, mejor dicho sus sustantivos requisitos técnicos y legales de ser adquirente por título oneroso, de adquirir con buena fe, de titular que en el Registro aparezca con derecho para ello y el haber inscrito su derecho, se mantienen en la reformada redacción que proponemos. *En consecuencia, la técnica interpretativa de este precepto siempre reconocerá que en él se precisan debidamente aquellas características que son institucionales a todo tercero que registralmente deba estar amparado y protegido por el sistema tutelar de garantías que la técnica del sistema ha creado para él*, sin caer en el defecto de incluir en el texto del artículo una definición legal concreta. [Cva. y negr. ntras.]

Porque si el problema que se intenta resolver a través del artículo 34 es el de precisar cuándo un adquirente con título inscrito, que haya derivado su derecho de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo, debe estar protegido frente a acciones de nulidad o rescisión contra su título adquisitivo no es lo importante saber quién sea tercero, sino determinar de modo expreso y concreto quién debe ser protegido por el sistema de defensas registrales, en qué condiciones y hasta qué límites.

En consecuencia, hemos estimado la redacción que proponemos más clara y precisa que la del Proyecto, eliminando de ella toda mezcla conceptual y precisando a través de su

---

<sup>219</sup> El art. 34 del Proyecto de reforma tenía este tenor: "El tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

La buena fe del titular inscrito se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente." (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...*, Tomo III. *Op. cit.* Pág., 97).

redacción el supuesto de hecho y la protección o sanción consecuente si el tal supuesto se cumple o se olvida".

La enmienda fue rechazada por entender la Ponencia "que debe subsistir la palabra << tercero >> por ser tradicional en nuestro Derecho Hipotecario y por cuanto la confusión que esta palabra << tercero >> hasta ahora ha dado lugar queda salvada completamente con la redacción del propio artículo 34".<sup>220</sup>

Dejando de lado el problema de si efectivamente debió o no sustituirse en el art. 34 LH. el término *tercero* por "*quien adquiera*", es de destacar el monismo del Procurador REYES MORALES y el monismo que atribuye al Proyecto, no discutido por la Ponencia.<sup>221</sup>

En cuanto a la defensa del dictamen de la Comisión de Justicia ante el Pleno de las Cortes por FERNÁNDEZ CUESTA, reproducimos las siguientes palabras:

---

<sup>220</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo III. Editorial Castalia. Madrid, 1990. Págs., 98 y 99. La Comisión de Justicia en su dictamen añadió, en cambio, al art. 34 un primer párrafo, siguiendo una enmienda del Procurador Rodríguez Jurado: "*La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*". (Ibídem).

<sup>221</sup> SANZ FERNÁNDEZ fue crítico con el mantenimiento del concepto de tercero por la Ley de reforma. En su opinión no es preciso crear un ente especial, *el tercero*, para limitar la adquisición del dominio en virtud de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure* de exactitud registral. Basta, para ello, hablar del *adquirente según el Registro*, como se hace en los Códigos Civiles alemán y suizo. Además la noción de tercero puede llevar a alguna consecuencia absurda. Imaginemos - dice - que el transferente, titular registral anterior, pretende dirigir acción contra su adquirente, titular registral actual, alegando su falta de derecho y pidiendo la nulidad de la transmisión. ¿Podrá hacerlo?. Partiendo de la idea de tercero, sí podrá hacerlo, lo cual es inadmisibles. Partiendo de la idea de adquirente protegido por la fe pública registral, no.

En nota al pie añade: "Véase el siguiente ejemplo, en que se prescinde de la posibilidad de mala fe en el enajenante. A, titular inscrito, vendió válidamente a B, que no inscribió su derecho; muerto A, sus herederos, desconociendo la venta anterior, constituyen hipoteca a favor de X. Si nos atuviéramos a la idea de tercero, habríamos de admitir que los herederos de A pueden dirigirse contra X, pidiendo la nulidad de la hipoteca por error sobre su cualidad de dueños; X no podrá oponerse con éxito, puesto que en la constitución de la hipoteca es parte. [No puede alegar su condición de tercero]

La solución es inadmisibles: X ha adquirido el derecho real por el juego de la fe pública registral, de modo que la cuestión de dominio no le puede ser alegada por nadie, ni siquiera por el propio hipotecante". Resulta así que la palabra *tercero* impide conocer con claridad la protección que dispensa la fe pública.

SANZ postula, pues, hablar de *adquirente según Registro*, para determinar el sujeto protegido por la fe pública, en vez de hablar de tercero. Esto permite no tener que entrar a dilucidar si el Notario, los testigos, los representantes ... son o no terceros, lo cual es absurdo dado que tercero, jurídicamente, es todo aquel que no ha sido parte en un acto o contrato. Basta con dilucidar, si siendo adquirentes según el registro, cumplen o no los requisitos de protección de la fe pública, como la buena fe. (SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Págs., 242, 243 y 244).

"... Nuestra Ley Hipotecaria del año 1861 estaba inspirada en una serie de líneas fundamentales, que sirven de guía, de orientación para la comprensión de sus preceptos, líneas generales que en la técnica se conocen con el nombre de principios hipotecarios. Estos principios hipotecarios, expuestos con ... dimensión esquemática ... son el principio de publicidad, comprensivo a su vez de los de legitimación y fe pública registral; el principio de la especialidad, que exige que aparezcan en el Registro, determinadas de manera clara y precisa, las características de los bienes inmuebles y de los derechos reales que sobre ellos se constituyan; el principio de la voluntariedad de la inscripción, salvo el caso de la inscripción de hipoteca, en que la inscripción es forzosa; el principio de la legalidad, en el sentido de que no puedan llegar al registro sino los derechos que sean perfectos y los actos que sean válidos, y el principio del tracto sucesivo, que exige que las transmisiones se deriven las unas de las otras sin solución de continuidad. [Nótese que en ningún momento se menciona la existencia en la LH. 1861 de un principio de inoponibilidad]

Pues bien, nuestra Ley Hipotecaria, inspirada en estos principios ... no ha dado todas aquellas beneficiosas consecuencias que se podían esperar de su implantación, sin duda porque esos principios en que estaba inspirada no se han desenvuelto total y plenamente o se han formulado de una manera casuística y fragmentaria. Lo cierto es que hoy, al cabo de más de ochenta años de vigencia de la Ley, se nota una verdadera corriente desinscribitoria de la propiedad inmobiliaria y el retorno a principios de clandestinidad, todo ello contrario a la finalidad que la Ley se propuso. A remediar o atenuar estos inconvenientes tiende la reforma ...".<sup>222</sup>

"... Se entendió que bastaba desenvolver totalmente y formular de una manera más científica nuestros clásicos principios hipotecarios, los cuales estaban muchas veces embebidos unos en otros o sin una verdadera declaración substancial diluidos a lo largo de todo el articulado de la Ley.

---

<sup>222</sup> ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias* ... Tomo III. *Op. cit.*, 211 y 212.

Las modificaciones que abarca el proyecto pueden reducirse a tres grupos: una mayor protección y substantividad a la inscripción; una mayor facilidad para concordar el Registro con la realidad exterior, y, por último, una mayor flexibilidad del sistema. ...

Hasta ahora se solía decir que la Ley Hipotecaria era una Ley de terceros o para terceros, y esto porque el titular inscrito no tenía más que la protección vaga y pasiva de una declaración de tipo doctrinal, sin que esa inscripción produjese efectos de tipo substantivo ni procesal. En la reforma, en cambio, se quiere desenvolver el principio de legitimación por virtud del cual se establece a favor del titular inscrito, que no sea tercero, la presunción *juris tantum* de que el derecho le pertenece y que está legitimado para ejercitarlo, en virtud de un procedimiento de ejecución, contra los que no inscribieron, aunque reconociendo la posibilidad de formular una oposición para el caso de que haya discrepancia entre el Registro y la realidad. Pero este principio de legitimación no sería bastante si el tercero, que adquiere sobre la base del registro, no estuviese amparado por otro principio de la fe pública registral, por virtud del cual se establece a favor de ese tercero la presunción, en este caso *juris et de jure*, de que el registro es exacto e íntegro. Es decir, que mientras el principio de legitimación es más extenso en cuanto a las personas, porque se refiere a todo titular según el registro, pero es menos intenso en cuanto a los efectos, porque no establece a su favor más que una presunción *juris tantum*, el principio de la fe pública registral es menos extenso en cuanto a las personas, porque no afecta más que al que tenga carácter de tercero, pero es más intenso en cuanto a los efectos, porque produce a su favor la presunción *juris et de jure*. [Se distingue, pues, entre mero titular inscrito, que goza del principio de legitimación registral y tercero, que goza del principio de fe pública registral]. Lo que sucedía antes de la reforma de la Ley era que este concepto de tercero aparecía confuso, tanto en la Ley como en la exégesis de los tratadistas de Derecho hipotecario; pero **en el artículo 34 del proyecto de reforma se establece de una manera categórica cuáles son los requisitos indispensables para que exista el tercero hipotecario**, y que son: que haya adquirido a título oneroso; que haya adquirido de quien tenga facultades para transmitir según el registro; que haya adquirido de buena fe y que inscriba su adquisición."<sup>223</sup> (Cva. y negr. ntras.)

223

ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias ...* Tomo III. *Op. cit.* Págs., 212 y 213.

De estas palabras de FERNÁNDEZ CUESTA se deduciría lógicamente que no hay más tercero protegido por el Registro que aquél que reúne los requisitos señalados en el art. 34 LH., y, por lo tanto, que también es este tercero, el tercero del art. 606 CC., no modificado por la Ley de reforma y en vigor. Por otro lado, en ningún momento se habla al presentar la reforma ni de la supresión de un tercero propio de un principio de inoponibilidad, (hipotéticamente el del art. 23 LH. 1909 suprimido por la Ley de reforma), ni de su mantenimiento en el paralelo art. 606 CC..

No sólo los trabajos preparatorios de la Ley de 30 de diciembre de 1944 son un importante apoyo para la tesis monista del tercero hipotecario, sino que también lo es el mismo espíritu de la reforma de 1944 - 1946, singularmente revelado en la Exposición de Motivos de aquélla. Tras reconocer en dicha Exposición el legislador, que los principios hipotecarios de publicidad y legalidad fueron invocados tímidamente o acogidos "de modo fragmentario", por los autores de la LH. de 1861,<sup>224</sup> y proclamar la presunción de exactitud e integridad del Registro,<sup>225</sup> se procede a precisar, sin posibilidad de generar ninguna incertidumbre, el concepto de tercero protegido por la Ley Hipotecaria. Transcribimos literalmente el párrafo en cuestión:

"... Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual *de tercero*, han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la *fides pública*, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, *el causahabiente de un titular registral por vía onerosa*. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra *tercero* por la de *adquirente*; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo".<sup>226</sup> (Cfr.: *ut supra*, el resultado de la enmienda del Procurador REYES MORALES y el discurso de FERNÁNDEZ CUESTA, realmente explicativos de este párrafo de la Exposición de Motivos).

---

<sup>224</sup> Ibídem. Pág., 243.

<sup>225</sup> Ibídem. Pág., 245.

<sup>226</sup> Ibídem. Pág., 246

Un poco más adelante se dirá: "...Al tercero a título oneroso sólo le afectan las cargas y condiciones que consten en el registro ...".<sup>227</sup>

Con estas palabras quedaba claro, como ha señalado PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quién era el tercero protegido por la Ley Hipotecaria; que éste era un único tercero y que la afección exclusiva de lo inscrito se contemplaba en la órbita de la fe pública registral.

Teniendo presente, como dice HERMIDA LINARES,<sup>228</sup> que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria constituye la base para una recta interpretación del Texto refundido vigente, no es posible sostener que el artículo 32 de la LH. contenga un tercero distinto del definido en esta Exposición o un principio diverso del de fe pública registral, ni tan siquiera mencionado en aquélla. No olvidemos además, como se ha dicho, que la vigente Ley Hipotecaria no es más que un Texto refundido elaborado por el Gobierno ateniéndose a una autorización dada por las Cortes, por lo que, evidentemente, el Gobierno no podía contradecir, a la hora de dar nueva redacción a la Ley Hipotecaria, el espíritu manifestado en la Ley de Reforma, introduciendo, por ejemplo, *una dualidad de terceros*.<sup>229</sup> *Por lo tanto, el espíritu de la Ley de Reforma es el espíritu de la vigente edición de la Ley Hipotecaria, y bajo esta perspectiva debe ser interpretado su artículo 32.*

---

<sup>227</sup> Ibídem.

<sup>228</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, 1966. N.º 457. Págs., 1482 y 1483, nota n.º 92.

<sup>229</sup> Disposición Adicional 2ª de la Ley de reforma hipotecaria de 1944: "Sin perjuicio de la vigencia de esta Ley se autoriza al Gobierno para publicar, en un plazo máximo de un año, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a **armonizar debidamente los textos legales vigentes** y a abreviar el contenido de los asientos registrales, sin mengua de los principios fundamentales del sistema, y a **dar a aquellos preceptos una más adecuada ordenación sistemática** y la necesaria **unidad de estilo**, basándose para ello en las disposiciones de la presente Ley, las del Reglamento Hipotecario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado".

**10. Explicación de la supresión del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909, por la Ley de 30 de diciembre de 1944, y de su posterior inclusión como artículo 32 en el Texto Refundido vigente de 8 de febrero de 1946.**

La supresión del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909 por la Ley de 30 de diciembre de 1944 <sup>230</sup> y su posterior inclusión en el Texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, con la redacción del art. 606 CC., constituye, según la tesis dualista, una clara manifestación de la dualidad de terceros contemplada por la legislación hipotecaria. Ésta habría recuperado en 1946 "el tercero tradicional" del principio de inoponibilidad para *armonizar el nuevo texto de la Ley Hipotecaria con el Código Civil y no proceder a lo que hubiera sido una modificación no permitida del mismo*. Por un lado, este cuerpo legal conservaba en su art. 606 "el tercero tradicional" y, por otro, la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Reforma autorizaba a armonizar textos legales, pero no autorizaba a modificar el Código Civil, modificación que se habría producido, por derogación tácita, de no haberse incluido en el Texto refundido de 1946, el art. 32 vigente. Sin embargo, el Texto refundido vigente, salva de la nada, o sea, no deroga el autónomo art. 606 CC., sino que lo acepta recogiendo en el art. 32. (GARCÍA GARCÍA).

Según otro dualista como GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, que sigue la opinión de NÚÑEZ LAGOS, [NÚÑEZ LAGOS. *Variaciones sobre la significación y alcance de la ley hipotecaria*. RDN., 1962. Pág., 110.], el mandato de la ley de 1944 de redactar un texto refundido de la Ley Hipotecaria en el que se armonizaran las disposiciones legales vigentes, fue entendido "como un encargo de *acomodación de la Ley Hipotecaria al Código Civil*, de ahí que se recuperara el art. 32, que subsistía en el Código Civil. *El respeto de la reforma del 44 - 46 al Código Civil hizo regresar al principio de inoponibilidad*." [Cva. ntra.] Por otro lado, siendo la ley de 1944, una

<sup>230</sup>

La supresión se produjo al dar el art. 1º de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, una nueva redacción al art. 23 LH. 1909. El precepto incorporaba ahora la norma prohibitiva de la inscripción de posesión. (Cfr.: DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944*. RCDI, 1945. El texto se recoge en el Tomo III de *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, citado, de donde lo tomamos. Pág., XIV).

Art. 1º Ley de reforma hipotecaria de 1944: "Quedan modificados en la forma que a continuación se expresa los siguientes artículos y títulos de la Ley Hipotecaria:

... *Art. 23:* El mero o simple hecho de poseer no podrá ser objeto de inmatriculación registral."



mera ley de reforma, no una ley nueva, "no podían alterarse los pilares fundamentales del sistema registral, uno de los cuales es el principio de inoponibilidad."<sup>231</sup> Obviamente la explicación dualista del regreso a la Ley Hipotecaria del autónomo art. 32 parte de la premisa, a nuestro juicio equivocada según todo lo expuesto hasta el momento, de la existencia en el Código Civil (y, por lo tanto, en la LH. 1861), de un tercero latino y de un principio de inoponibilidad.

Conviene, pues, aclarar si la mencionada supresión del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909 y posterior incorporación del actual art. 32, es o no prueba de la dualidad de terceros en la legislación inmobiliaria registral española y si la incorporación del art. 32 al Texto refundido vigente obedeció efectivamente a las causas indicadas por la tesis dualista.

SANZ FERNÁNDEZ, miembro de la Comisión que redactó el proyecto de Ley de reforma hipotecaria de 1944,<sup>232</sup> dio una explicación del por qué de la supresión del antiguo art. 23 en sus "*Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria*":

*"Complemento de la adquisición del derecho por el titular, según el artículo 34, es la imposibilidad de que puedan hacerse efectivos contra él los derechos reales no inscritos o las acciones reales que deriven de causas que no consten en el Registro. Es el aspecto negativo de*

<sup>231</sup> GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, JUAN LUIS. *El principio de inoponibilidad (Artículo 606)*. En: "*Centenario de la Ley de Bases del Código Civil. (Ciclo de Conferencias)*." Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989. Pág., 108.

En cambio, LACRUZ BERDEJO, también dualista, considera que la mayor dificultad que se opone a la autonomía del art. 32 LH. es su derogación por la Ley de reforma de 1944 (como antiguo art. 23) y su reposición ulterior en el Texto refundido. LACRUZ - SANCHO. *Elementos. Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, 1984. Pág. 176. (Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. N° 603. Págs., 600 y 601).

<sup>232</sup> También fue miembro de la Comisión redactora del Texto refundido de 1946, como señala CHICO Y ORTIZ. (CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, 1994. N.º 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Pág., 2219).

La Comisión de Juristas, nombrada por el Ministerio de Justicia, para la elaboración del Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946, de acuerdo con la delegación legislativa que las Cortes hacían en el Gobierno, en la Disposición Adicional 2ª de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 estuvo integrada además por: EDUARDO LÓPEZ PALOP (presidente), JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, PABLO JORDÁN DE URRIES, SEBASTIÁN MORO LEDESMA, LUIS SANCHO SERAL, CIRILO GENOVÉS AMORÓS, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, RAIMUNDO NOGUERAS GUZMÁN y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo III. Editorial Castalia. Madrid, 1990. Pág., 283.)

la fe pública registral, según el cual no pueden prosperar contra el adquirente inscrito de buena fe ... los derechos reales procedentes de títulos no inscritos. La declaración del derogado artículo 23 (los títulos inscribibles no inscritos no surten efectos contra tercero), fué siempre considerada como la más fundamental de la Ley Hipotecaria. Efectivamente, esta regla de derecho es esencial en el sistema español, en que de los títulos no inscritos pueden nacer derechos reales perfectos. En cambio, no tiene lugar en los sistemas en que, como en el alemán y el suizo, del título no inscrito no pueden surgir más que simples derechos de crédito,<sup>233</sup> los cuales, conocidos o no, no pueden tener eficacia respecto del adquirente registral<sup>234</sup>. Pero, por más que la doctrina sea esencial, **la nueva Ley ha eliminado esta declaración de sus preceptos, por estimar que era *inútil* mantenerla. Por una parte, la hacía inútil la redacción positiva del art. 34, del cual es hoy aquélla una simple consecuencia. Por otra parte, y *principalmente*, la supresión obedece a estimar no sólo inútil, sino improcedente, repetir un artículo que está, y por cierto con mejor redacción en el Código Civil (artículo 606)".**<sup>235</sup> (Cva. y negr. ntras.)

Para SANZ, la reformada Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 contenía la fe pública registral, efecto más transcendental del Registro y fin básico de la institución registral, entre otros artículos, en el art. 23. La protección que dispensaba la fe pública en tal ley era fundamentalmente negativa. ;"... el efecto positivo fundamental, la adquisición por el tercero del derecho, aunque éste no existiera en el transferente, únicamente podía establecerse por deducción ... [de algún artículo] ..., principalmente el 77 y 156, y como corolario de los preceptos que determinaban la imposibilidad de ejercitar contra aquél las acciones derivadas de títulos no inscritos o de causas que no resultaren del Registro."<sup>236</sup> Es decir, no existía ningún precepto legal que de manera

<sup>233</sup> En contra de esta afirmación, ROCA SASTRE Y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, para quienes, como ya vimos, la norma del art. 32 LH. no es privativa de los sistemas de transcripción, sino que también existiría en sistemas como el alemán o el suizo. Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. Op. cit. Págs., 199 y 200.

<sup>234</sup> Sin embargo, parece ser que en la práctica *contra legem* de la Jurisprudencia alemana, el conocimiento del adquirente registral del contrato celebrado anteriormente por su transmitente, tiene la virtualidad de hacer nula la transmisión operada en su favor por el acuerdo real abstracto + la inscripción constitutiva. (RUBIO GARRIDO).

<sup>235</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Pág., 268.

<sup>236</sup> *Ibidem*. Págs., 233 y 234.

directa afirmase la adquisición *a non domino* del tercero hipotecario, sino que ésta debía deducirse del reconocimiento en beneficio del mismo de la existencia y subsistencia del derecho inscrito. (Arts. 77 y 156 LH. 1909).<sup>237</sup> Tal precepto llegó con la nueva redacción dada al art. 34 por la Ley de reforma hipotecaria, en el que además quedaba aceptado el criterio que sobre el concepto de tercero tenía la generalidad de los autores y mejorada en gran parte la cuestión.<sup>238</sup> Ante la afirmación positiva de la adquisición del tercero, pese a no existir el derecho en su transmitente, la declaración de que lo no inscrito no le perjudica deviene una mera consecuencia de tal adquisición. Por ello, *aunque sobre todo por mantenerse el aspecto negativo de la fe pública registral en el art. 606 CC., se suprime el art. 23 LH.* Para SANZ el nuevo art. 34 de la Ley de reforma, recoge la doctrina que antes aparecía en los arts. 23, 25, 27, 33 y 34.

La supresión del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909 obedecía pues, según SANZ, a la inutilidad del precepto, dada la nueva formulación positiva de la fe pública registral como adquisición *a non domino* del tercero hipotecario, y, sobre todo, a que el precepto (aspecto negativo de la fe pública registral) se conservaba en el art. 606 CC..

No todos vieron con ojos favorables esta supresión de la norma del art. 23 del texto de la Ley Hipotecaria. ROCA SASTRE entendió que con tal supresión se producía un vacío normativo que debía llenarse extrayendo de otros preceptos aquella norma olvidada.

Si bien la ley de reforma preveía la protección del tercer adquirente respecto a los efectos de la invalidación, ineficacia o resolución del derecho o titularidad ostentada por el transferente (arts. 37 y 34) e impedía la invalidación en perjuicio de tercero, del título de su transmitente (falso o nulo), por virtud de otro título anteriormente inscrito, (con lo que la

---

<sup>237</sup> Cfr.: SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Pág., 240.

El contenido de los citados artículos era el siguiente:

Art. 77: "Las inscripciones no se extinguen, en cuanto á tercero, sino por su cancelación ó por la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona."

Art. 156: "La hipoteca subsistirá en cuanto á tercero, mientras no se cancele su inscripción."

<sup>238</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Pág., 242.

reforma pasaba en este punto al sistema germánico puro)<sup>239</sup> la ley olvidaba regular formalmente o de manera expresa otro aspecto de la protección del principio de fe pública registral: la ineficacia respecto de tercer adquirente, de los derechos reales, cargas, gravámenes o limitaciones que no consten anteriormente registrados. "No basta afirmar - dijo ROCA SASTRE - que la adquisición del tercero será mantenida, es preciso añadir que a lo adquirido no le afectará sino lo que conste en el Registro. No es suficiente inmunizar al tercero de acciones invalidatorias sino también de cargas y gravámenes. Esto último no sería tan necesario proclamarlo si la inscripción fuera constitutiva, pero sí en otro caso".<sup>240</sup>

A pesar de aquella laguna normativa, que afectaba a un criterio fundamental de un sistema hipotecario (*lo no inscrito no perjudica a tercero*) debía sostenerse, según ROCA SASTRE, que el criterio de la nueva ley seguía siendo el de que lo no registrado no perjudicase al tercero hipotecario, pues ello se desprendía de la Exposición de Motivos de la reforma, del art. 13 de la nueva ley ( "... puesto que si, según él, los derechos reales, cargas o limitaciones, para que surtan efectos contra terceros, *deben constar en el folio registral de la finca sobre que recaigan*, de ello resulta que con mayor razón no afectará a tercero el derecho real, carga o limitación que no haya sido inscrita en ningún folio registral con anterioridad ...") y de muchos otros artículos reformados o subsistentes.<sup>241</sup>

"No se ha seguido la fórmula amplia del sistema alemán de que en beneficio del tercero el contenido del Registro se presume exacto, y ello no debería ser objeto de censura si, en su lugar, se hubiera adoptado una fórmula exhaustiva de todos los supuestos de protección registral", incluido el aspecto negativo de la fe pública. Sin embargo, tal fórmula exhaustiva faltaba, siendo preciso salvar la laguna normativa existente en la forma ya explicada.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> Cfr. : nota ..., epígrafe II.3 de este Capítulo.

<sup>240</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria. (Breve examen informativo-crítico)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Marzo, 1945. Págs., 28 y 29 y 33.

<sup>241</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria. (Breve examen informativo-crítico)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Marzo, 1945. Págs., 33 y 34.

<sup>242</sup> Quizás no habría faltado razón a SANZ para hacer las afirmaciones sobre la inutilidad del art. 23 LH. de 16 de diciembre de 1909, si la fe pública registral hubiese sido formulada en la Ley de reforma con una cláusula generalísima al estilo de Alemania, donde se afirma expresamente, como dice ROCA SASTRE, que el contenido del Registro *se presume exacto en beneficio del tercero*. Así formulada la fe pública, si del Registro resultase que la titularidad que se adquiere es una propiedad libre, el tercero adquiriría la propiedad como

DE LA RICA Y ARENAL también fue crítico con la supresión del art. 23. Entendió que el principio que aquél recogía seguía deduciéndose implícitamente del contexto general de la reforma y de lo que quedaba vigente de la ley anterior, además de continuar vigente en el art. 606 del CC., (de mayor perfección en la redacción que el suprimido art. 23). Sin embargo señaló que *tal principio debía tener un lugar adecuado y preferente en la ley hipotecaria*.<sup>243</sup>

En este contexto no es de extrañar que la inclusión del precepto en el Texto refundido, obedeciese a las críticas de la doctrina y a la necesidad, no de hacer constar en la ley hipotecaria un tercero distinto del del art. 34 (por otro lado inexistente, según ha quedado demostrado), sino a la necesidad de hacer constar el aspecto negativo de la fe pública registral o protección frente a lo no inscrito, singularmente, títulos de dominio u otros derechos reales, perfectamente formados al margen del Registro conforme a la doctrina del título y modo. Que las críticas de la doctrina fueron motivo para el restablecimiento del precepto en el Texto refundido de 1946 es expresamente admitido por uno de los redactores de éste y del Proyecto de Ley de reforma de la Ley Hipotecaria que dio lugar a la Ley de 30 de diciembre de 1944, SANZ FERNÁNDEZ. Dice SANZ que la regla de que no perjudican a tercero los derechos no inscritos fue restablecida en la Ley de 1946 "... ante las críticas de algunos autores, que incluso llegaron a plantear el problema de su vigencia ...".<sup>244</sup>

libre aunque en la realidad jurídica estuviese gravada, pues el registro se reputa exacto, y por lo tanto, la propiedad libre, en su favor. Sobraría, en tal sentido, la declaración del antiguo art. 23. El problema es que tal cláusula general no había sido incorporada al articulado, (aunque podía deducirse, desde luego, del contexto de la Ley y se afirmaba expresamente en la Exposición de Motivos), por lo que se hacía preciso conservar (como se conservó en el art. 606 CC.) e incluso incorporar al Texto refundido, la formulación negativa de la fe pública registral, para una mejor precisión del mecanismo de la fe pública. (Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria. (Breve examen informativo-crítico)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Marzo, 1945. Págs., 27 y 33).

<sup>243</sup> DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944*. RCDI, 1945. El texto se recoge en el Tomo III de *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, citado, de donde lo tomamos. Pág., XIV, XV y XVI.

<sup>244</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947. Págs., 411 y 412. Dice SANZ que era incuestionable la vigencia del art. 606 CC. tras la promulgación de la Ley de reforma hipotecaria, pues dicho artículo "no podía ser derogado por una Ley cuya disposición derogatoria alcanzaba exclusivamente a preceptos de la ley Hipotecaria anterior." Tiene razón el autor al hacer esta afirmación, pues el artículo segundo de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, contenía la siguiente cláusula derogatoria: "Quedan derogados el Título decimoquinto de la Ley Hipotecaria [de 16 de diciembre de 1909, relativo a los libros de las Contadurías de Hipotecas] y cuantos artículos de la misma se opongan a la presente disposición." (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo III. Editorial Castalia. Madrid, 1990. Pág., 277.) La cláusula derogatoria no afectaba, pues, en absoluto al art. 606 CC..

En definitiva, pues, la reaparición del art. 32 en el Texto Refundido vigente tuvo por finalidad hacer constar en el mismo el aspecto negativo del principio de fe pública registral o como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, aclarar que la doctrina del art. 34 LH. juega "no sólo cuando el derecho del otorgante es anulable o resoluble por causas que no consten en el mismo Registro, sino también cuando el otorgante, aunque todavía aparece en el Registro con facultades para transmitir el derecho, no es ya dueño o no es ya dueño pleno por haber transmitido o gravado la finca."<sup>245 246</sup>

## 11. Recapitulación.

A la vista de los argumentos expuestos resulta difícil, en nuestra opinión, sostener la existencia en la Ley Hipotecaria de 1861 de un tradicional tercero latino de la inoponibilidad que se conservaría hoy en el art. 32 LH.. Muy al contrario, los 10 argumentos objeto de las páginas anteriores mostrarían que el tercero registral contemplado por el legislador en el art. 23 LH. 1861 y en el actual art. 32 LH. era y es *un tercero de tipo germánico* y, por lo tanto, que *los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a un mismo tercero como ha sostenido la tesis monista. El tercero del art. 32 LH. es así un adquirente del dominio o de cualquier otro derecho real por negocio jurídico inscrito, que ha adquirido de buena fe y a título oneroso dicho derecho, confiando en un contenido registral previo.*

*Los argumentos lógicos, sistemáticos y de conveniencia al tiempo presente nos confirmarán, como podremos comprobar en las páginas siguientes, en esta tesis monista.*

---

<sup>245</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 614.

<sup>246</sup> Según LACRUZ BERDEJO, la reposición del art. 32 LH. podría entenderse de dudosa legalidad a la vista de la Disposición Adicional segunda de la Ley de Reforma, que no autorizaba a revitalizar preceptos derogados; pero se puede justificar por dos vías. La primera, la del art. 606 CC., que no fue afectado por la Ley de Reforma de 1944 y reproduce el art. 32: el poder ejecutivo, entonces no hizo sino armonizar ambos textos legales, el CC. y la LH. tomando del uno un precepto vigente para hacerlo figurar en la otra con la vigencia que ya tenía. Y la segunda, a través de las máximas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los redactores podían incorporar a la Ley. LACRUZ - SANCHO. *Elementos. Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, 1984. Pág. 176. (Citado por MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. Nº 603. Págs., 600 y 601).

### III.- ESCLARECIMIENTO DEL SENTIDO DEL TÉRMINO TERCERO EN EL ART. 32 LH. MEDIANTE LOS ELEMENTOS INTERPRETATIVOS LÓGICO Y SISTEMÁTICO.

Reproducimos a continuación una serie de argumentos de orden lógico y sistemático que se han dado para defender la tesis monista del tercero hipotecario que sostenemos. Al provenir de diversos autores quizás no todos los argumentos sean compatibles entre sí, pues dentro del campo monista también se aprecian divergencias en la interpretación de los preceptos hipotecarios. Sin embargo, todos ellos tienen el valor de apoyar la tesis monista y por ello trataremos de explicarlos añadiéndoles, si fuera posible, algún elemento adicional.

#### 1. Una interpretación del art. 32 LH., aislada del conjunto del sistema, conduce al absurdo. (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y HERMIDA LINARES).

Acertadamente señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que "el artículo 32 LH. (o el 606 CC.) no puede ser interpretado aisladamente sino en conjugación con el sistema. Una interpretación aislada daría como resultado que lo que está prescribiendo el artículo 32 LH. es la necesidad de inscripción o anotación para que los títulos de dominio o de otros derechos reales puedan perjudicar a tercero (sea adquirente o *acreedor* y haya o *no inscrito*). La inscripción o anotación tendría así carácter constitutivo de la eficacia *real* (*adversus omnes*)."<sup>247</sup>

En la misma línea que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, señala HERMIDA LINARES que estando a la estricta literalidad se debería concluir que, no exigiendo el artículo que el tercero haya inscrito su derecho, lo que ordena es que los títulos de dominio u otros derechos reales que no hayan sido inscritos en el registro no perjudiquen a ningún tercero, ni hipotecario, ni civil. "Según esto, - ejemplifica - en el caso del párrafo tercero del artículo 1473 del Código civil el comprador que sea el primero en la posesión no puede ser preferido a los que sean segundos o posteriores en la posesión, porque de lo contrario, el título no inscrito perjudicaría a tercero. Los únicos títulos que podrían

<sup>247</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Págs., 614 y 615.

perjudicar a un tercero civil serían los inscritos, y, por tanto, no habría más derechos reales que los inscritos. Fácilmente se comprende que no puede ser ésa la interpretación acertada del artículo 32." <sup>248</sup> Desde luego, concluimos nosotros, teniendo presente el art. 609 CC.. <sup>249</sup>

En términos semejantes también se expresa DE LA RICA Y MARITORENA.<sup>250</sup>

Sin embargo, la doctrina dualista, *pese a su interpretación aislada o autónoma del art. 32 LH.* "exige - para la protección del tercero - requisitos que el art. 32 de la Ley Hipotecaria no contiene: que el tercero sea adquirente de derechos reales (o de situaciones registrables) y que inscriba su derecho. Pues bien, - concluye PEÑA - ***también resultan exigidos por el sistema los demás requisitos previstos por el artículo 34 LH.***"<sup>251</sup> (Cva y negr. ntras.)

De la buena fe dice PEÑA que su exigencia "es una solución que coordina con los principios de nuestro sistema". Así el art. 1473 CC, no atribuye preferencia por la inscripción si el adquirente es de mala fe, como han señalado las sentencias del

<sup>248</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción ...*, Op. cit. Págs., 1481 y 1482.

<sup>249</sup> Esta hipotética interpretación aislada del art. 32 LH. ha sido combatida por el Tribunal Supremo. En la Sentencia de 7 de marzo de 1981 (RJA. 1981/903), (derivada de un pleito en que se discutían los derechos existentes sobre la corraliza denominada "El Tamariz" entre el Ayuntamiento de Andosilla, que alegaba ser la corraliza terreno comunal propiedad del municipio, y los actores, que alegaban ser de su pleno dominio a raíz de su adquisición por sus causantes en una publica subasta celebrada como consecuencia de las leyes desamortizadoras), el Tribunal Supremo desestima el motivo alegado por el recurrente Ayuntamiento de Andosilla consistente en infracción de los artículos 32, 38 y 13 LH. *por no tener los demandantes inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad derecho alguno referente a la corraliza.* El Tribunal Supremo alega que los actores, *no obstante su no inscripción en el Registro,* tienen un dominio indiscutido e indudablemente eficaz conforme al sistema de título y modo de adquirir recogido en el art. 609 CC., ya que traen su derecho sobre la corraliza de un título público de 21 de marzo de 1882, y las sucesivas transferencias hasta llegar el derecho a los actores no han sido impugnadas, sino causadas de una forma regular y legal y que el pretendido derecho de la Corporación recurrente *carece de base registral [no está inscrito] y menos aún de posición registral inmobiliaria contradictoria con la de los demandantes.* Igualmente, *que según reiterada doctrina del T.S. (sentencias entre otras de 28 de noviembre de 1900 y 17 de enero de 1903), los títulos no inscritos en el Registro pueden y deben ser estimados cuando las personas a quienes perjudican no ostentan frente a ellos otros inscritos, pues la Ley Hipotecaria (el art. 32 y 13) sólo garantiza a los que contratan bajo la garantía del Registro. Y a continuación añade: "de todo lo que se deduce que no han sido infringidos por la sentencia recurrida lo preceptos invocados en este motivo, puesto que la alusión a los terceros protegidos por el Registro se refiere no a cualquier persona sino a las que traigan su derecho de los asientos del Registro, cuando para éstos se deriva algún perjuicio por la no inscripción de los derechos opuestos."* (CDO. 4º).

<sup>250</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria.* RCDI., 1970. Nº 478. Pág., 716.

<sup>251</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 615.



Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1908, 3 de mayo de 1985 y muchas otras. Además, la necesidad de buena fe resulta de modo directo de la Ley Hipotecaria (art. 40 *in fine*).<sup>252</sup> En cuanto al título oneroso, es lógica tal exigencia ya que "... no parece justo proteger - en caso de doble enajenación - al adquirente *segundo* y donatario frente al que es *primero* y comprador (el art. 1473 del Código Civil sólo prevé el supuesto de doble enajenación a *título oneroso*.<sup>253</sup>). Por otro lado, el Derecho español contempla supuestos de preferencia *de derechos de crédito anteriores*, frente al adquirente de un derecho real a título gratuito que inscriba (artículos 37.4 LH; 84 RH. y 643, 1029 y 1297 del CC.).<sup>254</sup> Si tal se hace con derechos de crédito anteriores, con mayor motivo se deberá otorgar preferencia frente al dicho adquirente de un derecho real a título gratuito, *al adquirente a título oneroso de un derecho real anterior*. Finalmente, la exigencia de adquisición a título oneroso se desprende directamente del art. 40 *in fine* LH.. En cuanto al requisito de adquirir de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir, se desprende de los artículos 69 y 40 *in fine* LH. y 173.2 RH. vigente.<sup>255 256</sup>

<sup>252</sup> En la edición de 1982, PEÑA alegaba también que la buena fe venía exigida por el art. 7 del Código Civil. (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 1ª Edición. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Pág., 599). Sin embargo, en las ediciones de 1999 y 2001, tal referencia al art. 7 CC. no aparece. La supresión del argumento quizás se deba a la réplica de GARCÍA GARCÍA de que dicho art. 7 CC. hace referencia al *ejercicio de los derechos* y no a la *adquisición de los derechos*, motivo por el que no sería aplicable para resolver el problema en estudio.

<sup>253</sup> En nuestra opinión el art. 1473 CC. *sólo prevé el supuesto de doble enajenación por título de compraventa. Otras dobles enajenaciones por otros títulos onerosos se contemplan en los más amplios preceptos, 32, 34 y 40 LH.. Entender otra cosa es ampliar en exceso el ámbito de aplicación del art. 1473.2 CC. en detrimento del art. 32 LH.*

<sup>254</sup> Art. 643 CC.: "No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella."

Art. 1029 CC.: "Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles."

Art. 1297 CC.: "Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes."

<sup>255</sup> Art. 173.2 RH.: "Las cancelaciones que se hagan por consecuencia de declararse nulos los títulos inscritos, surtirán sus efectos sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley." (Hay que tener en cuenta que para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS "cualquier acto traslativo realizado por el no dueño es en cuanto tal nulo", y por lo tanto su asiento cancelable, salvo que el tercer adquirente goce de una posición inatacable por virtud de la concurrencia en su adquisición de los requisitos del art. 34 LH.. *De ahí quizás la cita de este precepto para apoyar que el tercero del art. 32 LH. debe haber adquirido de un titular registral*. Sobre el tema de si todo acto de disposición efectuado por el no dueño es nulo, *Vid.*, Capítulo III, nota ...

Es decir, dado que una interpretación aislada del precepto conduciría al absurdo, como reconoce el propio Díez - PICAZO,<sup>257</sup> siendo necesario para salir del mismo exigir al tercero requisitos que no se contienen en el tenor literal del art. 32, exigido el requisito de la inscripción por el tercero de su título, *no se ve razón alguna para que sobre la base del silencio del artículo, no se exijan los requisitos de buena fe, título oneroso y adquisición de persona que en el Registro figure con facultades para transmitir. Del mismo modo que la doctrina dualista abandona la literalidad del artículo para exigir el requisito de que el tercero haya inscrito su propio derecho, debe abandonarla para poner el precepto en coordinación con otros preceptos de la Ley Hipotecaria y del Código Civil.*

En otras palabras, la tesis dualista se aferra en exceso y tan solo en parte a la literalidad del artículo 32. Dado que éste no exige al tercero para no ser perjudicado por títulos de dominio u otros derechos reales, ni previa inscripción del derecho de su transmitente o constituyente, ni buena fe, ni título oneroso, la tesis dualista (con matices en función de las personas), tampoco le exige dichos requisitos en aras de la literalidad. Ahora bien, luego abandona el criterio del tenor literal del precepto para exigir al tercero no perjudicado, dos requisitos que el artículo no menciona: ser adquirente de un derecho real o de una situación registrable y haber inscrito su derecho. Sin embargo, en una lógica interna rigurosa, si se está a la estricta literalidad, debería concluirse (lo que no hace la doctrina dualista) que lo preceptuado por el artículo 32 es que ningún título de dominio o de cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles pueda afectar a persona ajena a los mismos, sin ser inscrito o anotado en el Registro. El absurdo a que se llega (Cfr.: art. 609 CC.) demuestra que el argumento de la literalidad no es útil para interpretar el art. 32 LH. y que la falta de mención a los requisitos del art. 34 LH. no implica de suyo autonomía alguna respecto de éste. El hecho de que el artículo 32 no exija la confianza en una inscripción anterior,

<sup>256</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Págs., 615 a 617.

<sup>257</sup> Dice Díez - PICAZO que el tercero del art. 32 LH. (que debe ser como el del art. 34 un adquirente del dominio o de un derecho real en cosa ajena, por la propia finalidad del Registro, que es proteger a los adquirentes) *debe ser también un titular inscrito, pues de lo contrario el conflicto surgiría entre dos titulares no inscritos, pareciendo que tal conflicto escapa a la disciplina registral y ha de regirse por las normas del Derecho Civil sustantivo. Por otra parte, la inoponibilidad jugaría recíprocamente, neutralizándose.* (DÍEZ - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. Las relaciones jurídico - reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1995. Págs., 471 y 472.)

no significa nada, pues tampoco exige su texto que el tercero inscriba su título. De la misma forma que el art. 32 LH. se conecta con la generalidad del sistema o con otros artículos para entender que el tercero protegido por él ha de haber inscrito un título en su favor, debe ser puesto en relación con el conjunto del sistema y con el art. 34 para exigir al tercero haber confiado en una inscripción anterior.

Con lo dicho queda rebatida la objeción que a la tesis monista hace GORDILLO CAÑAS en un trabajo reciente, consistente en entender que la tesis monista hace una interpretación restrictiva del art. 32 LH., interpretación que no declararía el verdadero sentido del precepto. GORDILLO CAÑAS, que también se aferra al argumento de la literalidad y a la inspiración francesa del art. 23 LH. para defender la tesis dualista, sostiene que el problema de la interpretación del art. 32 LH. por la tesis monista es un problema de interpretación restrictiva. "No es que en nuestro ordenamiento no haya norma que enuncie y consagre el principio de inoponibilidad en términos más amplios que los del de fe pública registral (art. 23, originario LH., hoy 32; y art. 606 CC.), y que, con dicha mayor amplitud, lo aplique a la doble venta (art. 1473.2 CC.); es que, habiéndola *literalmente diáfana*, se la interpreta restrictivamente por la doctrina monista: lo que el art. 32 LH. dice de todo tercero hay que entenderlo sólo del que adquiere de titular previamente inscrito; lo que el art. 1473.2 CC. establece para todo comprador que se adelanta en la inscripción hay que entenderlo sólo del que adquiere de titular inscrito ..."<sup>258</sup>. (Cva. ntra.) Pero según lo que hemos explicado *también* la tesis dualista hace una *interpretación restrictiva del art. 32 LH.* al ceñir su letra no a *todo* tercero sino sólo al que inscribió su título. La norma contenida en el art. 32 LH. no es, por lo tanto, *literalmente diáfana*. Es evidente que dice más de lo que el legislador quiso decir. De ahí que no pueda recurrirse al argumento de la literalidad para la defensa del dualismo hipotecario.

258

GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario?. Hablen los autores del sistema*. Libro - Homenaje a Díez - Picazo. Págs., 3901 y 3902.

**2. Es preciso interpretar el art. 34 LH. en relación con el art. 38 y en términos tan generales como los de este artículo, de manera que el supuesto de hecho del art. 34 LH. se extienda a toda situación en que la presunción *iuris tantum* de existencia del derecho real inscrito y de pertenencia del mismo a su titular registral en la forma determinada por el asiento, no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral, incluido el caso de que el titular registral haya dejado de ser dueño, o haya dejado de serlo con la amplitud que consta en el Registro, por actos del propio titular registral. (HERMIDA LINARES).**

En opinión de HERMIDA LINARES, el artículo 34 LH. hay que interpretarlo en conexión con el art. 38 de la misma y *en términos tan generales como los de este artículo*. De esta manera, el supuesto de hecho del art. 34 LH. no sería tan reducido como interpretan GARCÍA GARCÍA o LACRUZ BERDEJO,<sup>259</sup> sino que se extendería a toda situación en que la presunción *iuris tantum* de existencia del derecho real inscrito y de pertenencia del mismo a su titular registral en la forma determinada por el asiento, *no concordase con la realidad jurídica extrarregistral*. (Arts. 1.3, 38, 39, 34.1 y 2, 40.1 y 40 *in fine*, 320 y 321 LH.).<sup>260</sup> *En el fondo, como se desprenderá de lo que digamos a continuación, esta posición de HERMIDA LINARES viene a coincidir con la de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL de que el art. 34 LH. contiene la formulación del principio de fe pública registral y el art. 32 LH. sólo una*

<sup>259</sup> Para LACRUZ BERDEJO el art. 34 LH. "sólo defiende contra la nulidad [nulidad absoluta o anulabilidad] o resolución del derecho del transmitente, declaradas o acaecidas *después* que el titular [se refiere al tercero] haya inscrito su derecho." En el supuesto de hecho del art. 34 LH. el tercero, salvo el supuesto de nulidad absoluta, ha adquirido la finca *a vero domino*. "Por eso dice la ley que *será mantenido* en su adquisición pretérita, y no que adquirirá entonces", si es que existe en el título del transmitente una causa de resolución o anulabilidad que no figura en el Registro y que determina *después* de su adquisición, la pérdida de propiedad de su transferente. (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág., 250. *Vid.*: Págs., 251 y 252 y 255 a 257 sobre la concreción del supuesto de hecho del art. 34 LH. y los diversos preceptos que la LH. utiliza para proteger al tercer adquirente sobre la creación de una apariencia meramente negativa y sobre las declaraciones positivas del Registro)

<sup>260</sup> Los artículos 320 y 321 de la LH. son los antiguos 314 y 315 del Título XIII (De los documentos no inscritos). La Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (art. 101.3) ha dado a esos arts. 314 y 315 una diferente numeración, al haberse introducido en el Título XII de la LH. unos nuevos artículos 313 a 318 sobre el Régimen disciplinario de los Registradores.

*aplicación concreta del mismo y con la de SANZ FERNÁNDEZ de que por el art. 34 se llega al mismo resultado que por el artículo 32.*

Explica este Registrador de la Propiedad que "la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir", a que hace referencia el art. 34 LH., es *el titular registral que goza de la presunción iuris tantum del art. 38 LH.*; aunque luego pueda resultar que el derecho inscrito a su nombre no le pertenece y no tiene facultades para transmitirlo, o bien le pertenece y tiene facultades para transmitirlo, pero deja de tenerlas posteriormente.

"Lo que dice el artículo 34, ..., es que << el tercero que adquiriera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo >>, *es decir, del titular registral*, << será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho >>, *aunque después resulte que el titular registral no era dueño del derecho real o que lo ha perdido por causas que no consten en el Registro.* Lo mismo que la palabra << anulen >> no se puede referir sólo a los casos de anulabilidad, sino también a los de nulidad absoluta <sup>261</sup> o inexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente; de igual forma las palabras << anulen >> y << resuelvan >> *no deben interpretarse en un sentido estricto, sino general.* La recta interpretación de este artículo es como si dijese: << El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después resulte que la persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo, carecía de esas facultades o que las pierda por causas que no consten en el mismo Registro.>>" (Cva. ntra.)

Es decir, el art. 34 LH. en relación con el art. 38 debe ser interpretado en el sentido de que el tercero será mantenido en su adquisición aunque resulte luego *que el titular registral que gozaba de la presunción iuris tantum del art. 38 LH. y aparecía en el Registro con facultades para transmitir, no era dueño del derecho inscrito a su nombre, (bien por existir un título anterior al suyo no inscrito, del verus dominus, bien por nulidad o falsedad de su título), o si luego resulta que el titular registral había perdido o pierde el derecho inscrito*

<sup>261</sup> Lo cual hemos visto que es admitido por dualistas como LACRUZ, que tanto se aferran a la literalidad del art. 34 LH..

*a su nombre por causas que no constaban en el Registro (como, en el primer caso, por haber él ya transferido a otro titular que permanece al margen del Registro, o por cumplirse una condición resolutoria no inscrita, en el segundo).*

"Los artículos 38 y 34 - dice HERMIDA LINARES - están íntimamente relacionados y hay que interpretarlos el uno por el otro. La presunción del artículo 38 es una presunción *iuris tantum*; pero se convierte en presunción *iuris et de jure* [en cuanto a la existencia y pertenencia del derecho real inscrito al titular registral en la forma, es decir, con la extensión, determinada por el asiento <sup>262</sup>] en beneficio del adquirente, a título oneroso y de buena fe, que

<sup>262</sup> Hacemos esta aclaración porque la presunción *iuris tantum* del art. 38 LH. tiene un ámbito mayor que la presunción *iuris et de iure* de exactitud e integridad del Registro que supone el principio de fe pública registral. Así, la presunción *iuris tantum* de exactitud registral también se extiende, por ejemplo, a algunos datos físicos de la finca, pero tal presunción de veracidad de los datos físicos de la finca, *nunca se transforma en iuris et de iure* en favor de tercero hipotecario.

Según la norma 9ª.c) del RD. de 3 de mayo de 1980 por el que se dispone la Coordinación del Catastro Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmueble, cuando en los asientos del Registro conste que se ha efectuado la coordinación de una finca con el Catastro "como consecuencia de lo dispuesto en el art. 38 LH. ... se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral, coinciden con la realidad física."

En el caso de fincas no coordinadas con el Catastro Topográfico Parcelario, la Jurisprudencia, no siempre uniforme, y gran parte de la doctrina "se inclinan a favor de que la legitimación registral y la presunción *iuris tantum* de exactitud que comporta, comprende los datos físicos o descriptivos de la finca inscrita, al menos los de *cabida* y *linderos*. En cambio, se entiende, en general, que la fe pública registral no se extiende a dichos datos." (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Págs., 541 a 546. *Vid.*: Jurisprudencia citada por los autores sobre el tema [Ibidem. Págs., 546 a 549]: SSTs. 14 de marzo de 1930; 5 de febrero de 1935; 6 de febrero de 1947; 20 de octubre de 1949; 5 de diciembre de 1949; 21 de marzo de 1953; 16 de febrero de 1955; 25 de enero de 1958; 13 de mayo de 1959; 16 de noviembre de 1960; 30 de junio de 1964; 18 de noviembre de 1966; 18 de marzo de 1967; 29 de abril de 1967; 31 de enero de 1970; 27 de enero de 1973; 20 de mayo de 1974; 7 de abril de 1981; 2 de febrero de 1984; 10 de noviembre de 1986; 6 de febrero de 1987; 16 de junio de 1989; 1 de octubre de 1991; 25 de octubre de 1991; 30 de noviembre de 1991; 6 de julio de 1992; 30 de septiembre de 1992 y 16 de octubre de 1992. También, las Resoluciones de la DGRN. de 18 de diciembre de 1962 y 29 de mayo de 1965, citadas.)

Que la fe pública no se extiende a los datos físicos de las fincas lo afirman las SSTs. de 6 de febrero de 1947; 13 de mayo de 1959; 16 de noviembre de 1960; 31 de octubre de 1961; 29 de abril de 1967; 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989 y 30 de noviembre de 1991 y las Resoluciones de la DGRN. de 27 de junio de 1935, 11 de febrero de 1956 y 6 de julio de 1956 también recogidas por los autores. No obstante, la fe pública registral podrá extenderse a datos físicos cuando éstos no sean de puro hecho sino que tengan relevancia jurídica, esto es, "cuando el dato de hecho - en palabras de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL - está decisivamente *supeditado al derecho*"; el dato de hecho es "absorbido por la sustancia jurídica". Sobre el tema, *Vid.*: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Págs. 258 a 266. Sobre la coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro Topográfico Parcelario. *Vid.*: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo IV. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Págs., 167 y 168 y 175 a 212. También Págs., 69 y 70 del Suplemento de la obra.)

inscribe en el registro. La presunción establecida en el artículo 38 sólo se puede destruir en perjuicio del tercero del artículo 34 por causas que consten en el propio Registro. [Como se desprende del propio art. 34 LH. *a contrario sensu* en relación con el 38 LH.] El artículo 34 hay, por tanto, que interpretarlo en toda la amplitud del artículo 38, es decir, que se refiere a todos los casos en que el titular registral no es dueño o deja de serlo posteriormente, si las causas porque no era dueño o dejó de serlo posteriormente no constaban en el Registro. Y no sólo comprende los casos en que el titular registral no sea dueño o deje de serlo, sino también todos los casos en que el derecho del transmitente sufra una limitación por causas que no consten en el Registro. *La palabra << resuelva >> no sólo comprende el caso de que en la adquisición del transmitente exista una condición resolutoria que no conste en el Registro, sino también los casos en que el titular registral ha dejado de ser dueño, o ha dejado de serlo con la amplitud que consta en el Registro, por actos del propio titular registral.* [Supuestos del art. 32 y 40.1.a) LH.] Así, por ejemplo, en caso de doble venta cuando la primera no ha sido inscrita, el titular registral, una vez hecha la tradición real o fingida, no tiene facultades para transmitir la finca inscrita a su nombre [aunque *aparece con ellas*. Art. 34 LH.]; pero el segundo comprador de buena fe, que inscribe en el Registro, debe ser mantenido en su adquisición, *porque la causa de la falta de facultades del transmitente para venderla [enajenación anterior] no constaba en el Registro*". (Cva. ntra.)

En apoyo de su interpretación el autor cita la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944: " << La presunción legitimadora [Art. 38 LH.] sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata, de buena fe, *apoyándose en el Registro*, [es decir, en aquella presunción, como resulta del comienzo del art. 34 LH.] no tuviera *la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles* ... Los asientos registrales se presumen exactos e íntegros, y al tercero, a título oneroso, sólo le afectan las cargas y condiciones que consten en el Registro >> ".<sup>263</sup> (cva. ntra.)

Esta interpretación sistemática de los artículos 34 y 38 LH., (que supone en última instancia considerar incluida la doctrina del art. 32 LH. en el art. 34 *por virtud de la expresión*

<sup>263</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, 1966. Nº 457. Págs., 1479 a 1481.

*causas (entre ellas, títulos) que no consten en el Registro,*<sup>264</sup> de acuerdo con los precedentes históricos de conexión entre ambos preceptos que ya vimos) dejaría sin efecto el argumento dualista de que la doble venta *no puede considerarse incluida en el supuesto de hecho del art. 34 LH.*, y de que, por lo tanto, no exigiendo los arts. 32 LH. y 606 y 1473.2 CC. relativos a la misma, los requisitos del art. 34 LH., sería posible que un tercero (segundo adquirente), ante títulos de dominio y otros derechos reales no inscritos, pudiese obtener la protección del Registro, sin necesidad de cumplir todos los requisitos señalados en el art. 34 LH..<sup>265</sup>

En nuestra opinión, si bien tendrían cierta razón atendiendo a la mera literalidad de los preceptos, los que como PEDRO DE PABLO CONTRERAS (que sigue a LACRUZ BERDEJO) entienden que es el art. 40 LH. y no el art. 34 "el que establece con carácter más amplio, exacto y general la protección del adquirente o tercero en nuestro sistema registral",<sup>266</sup> sin embargo, atendiendo a los precedentes históricos no puede sostenerse tal visión reduccionista del art. 34 LH., el *más meditado*, como ya dijimos, por la Comisión de Códigos; el que contenía las dos afirmaciones propias de la fe pública registral ("lo inscrito perjudica a tercero" y "lo no inscrito [el título anterior no inscrito] no le perjudica", esta última *como consecuencia o desarrollo del art. 23 LH.*) y el que dispensaba protección al tercero *frente al título originariamente falso o nulo* (Cfr. nota ... ) aunque en su tenor literal hablase de que "los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán, en cuanto á tercero, *aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante* ...". Es decir, la trayectoria histórica del art. 34 LH., que culmina en la reforma de 1944 - 46 con el otorgamiento de una importancia aún

<sup>264</sup> Como también defiende SANZ FERNÁNDEZ.

<sup>265</sup> Cfr.: MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Págs., 506 y 507 y 515 y 516.

<sup>266</sup> DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 40 LH.* En: AFONSO RODRÍGUEZ, CORRAL DUEÑAS y otros. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Pág., 859. Después de citar a LACRUZ BERDEJO ("Por lo que se refiere a la propiedad inscrita ... sólo el artículo 40 atiende a todos los supuestos de invalidez o ineficacia, anterior o sobrevenida, del título y del asiento antecedentes, mientras que los restantes preceptos, literalmente interpretados, se dirigen a prever eventos concretos ....") señala: "en efecto, si este párrafo final del artículo 40 se interpreta en consonancia con los párrafos anteriores y con el artículo 39, se aprecia enseguida que su supuesto de hecho comprende toda inexactitud en el asiento antecedente en orden a la existencia y contenido de los derechos inscribibles, que no concuerdan con la << realidad jurídica extrarregistral >> ..." (Ibidem. Págs., 859 y 860).



mayor al precepto al afirmarse en él directamente la adquisición del derecho por el tercero (como señala SANZ FERNÁNDEZ), impediría, a nuestro juicio, que se limitase su supuesto de hecho a anulaciones o resoluciones del derecho del transmitente, en su sentido más estricto, *ocurridas tras la adquisición del tercero. Es más correcta, pues, y más respetuosa con la trayectoria histórica de la legislación inmobiliaria española, las amplias interpretaciones del art. 34 LH. vigente que ofrecen HERMIDA LINARES, SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL.*

**3. El artículo 40 LH. despeja toda duda en cuanto a quién sea el tercero contemplado en el art. 32 LH.. (ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL y HERMIDA LINARES). Comprobación de esta afirmación y refutación de diversas interpretaciones del art. 40.1.a) de la Ley Hipotecaria formuladas por GARCÍA GARCÍA.**

En palabras de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, "el art. 40 de la Ley Hipotecaria es el precepto clave que desvanece toda duda que pudiera ofrecerse a quienes les impresionare la indefendible teoría dualista en nuestro sistema de Registro".<sup>267</sup> Trataremos de ver a continuación si efectivamente las cosas son así.

HERMIDA LINARES, que hace suyos los razonamientos de ROCA SASTRE, con relación al argumento de éste de que la Ley mantiene el contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente para proteger el tráfico inmobiliario, cuando hay inexactitud del Registro, exigiendo los mismo requisitos para la protección del adquirente, *cualquiera que sea el supuesto de inexactitud*,<sup>268</sup> como se desprende del art. 40, << precepto clave que desvanece toda duda >> sobre el particular, dice que "parece evidente que tiene razón ROCA, pues el caso a) del artículo 40 en relación con el párrafo final del mismo es como si dijera lo siguiente: << Si no hubiera tenido acceso al registro alguna relación jurídica inmobiliaria, o, lo que es lo mismo, *algún título del dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, su*

<sup>267</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág., 203.

<sup>268</sup> Incluido el supuesto de inexactitud consistente en la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria, es decir, de algún título de dominio o de otro derecho real. (Ibidem. Pág., 207).

*inscripción, caso de que pueda hacerse, no perjudicará a los derechos adquiridos con anterioridad [a la rectificación] por tercero a título oneroso de buena fe >>.* Es exactamente lo mismo que lo que dice el artículo 32, **[los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero]** pero exigiendo los requisitos de título oneroso y buena fe, *y partiendo del supuesto de la existencia de la inscripción anterior*, que son los requisitos que establece el artículo 34 de la Ley". <sup>269</sup> <sup>270</sup> (Cva y negr. ntras.)

Es decir, en el caso de que sea posible la rectificación del Registro por la toma de razón del título, por superar éste el juicio de calificación del Registrador, y permitirlo los artículos 17 y 20 LH.,<sup>271</sup> tal rectificación de la inexactitud registral *no podrá perjudicar los derechos que con anterioridad a dicha inscripción hubiese adquirido e inscrito un tercero reuniendo los requisitos del art. 34*. El título de dominio o de otro derecho real que no estaba inscrito cuando él adquirió, y originaba inexactitud registral, no puede perjudicarle ni tan siquiera una vez inscrito (arts. 32 y 40 LH.)<sup>272</sup>. Por el contrario, será el título anteriormente inscrito del tercero, el que perjudique el título posteriormente inscrito. En el fondo, la rectificación del Registro en favor de la realidad jurídica, producida por esta toma de razón, es tan solo "*parcial*" en beneficio del tercero descrito en el art. 40 *in fine*, no perjudicado por la rectificación (por el derecho extrarregistral posteriormente inscrito. Art. 32 LH..).

Desde el punto de vista de la rectificación judicial de esta inexactitud, poniendo en relación el art. 40.1. a) con el último párrafo del mismo art. 40 LH. interpretado *a contrario sensu*, resulta que la rectificación del Registro solicitada judicialmente por el titular del

<sup>269</sup> HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, 1966. Nº 457. Págs., 1478 y 1479.

<sup>270</sup> Para que el tercero hipotecario obtenga la protección del Registro, no sólo la adquisición del derecho sino también la inscripción del mismo deberá producirse durante la vigencia (sin contradicción alguna) del asiento inexacto. DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976. Pág. 677.)

<sup>271</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo III. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág., 210.

<sup>272</sup> En cambio, si que podría perjudicarle si se demostrase en el correspondiente juicio de rectificación que realmente no se trataba de tal tercero por faltarle o el requisito de la buena fe, o el del título oneroso, o el de la adquisición durante la vigencia del asiento inexacto.

*dominio o del derecho real que no esté inscrito (art. 40.1 LH. en relación con el art. 609 y 1473.3 primer período, del CC.), podrá perjudicar a todo titular inscrito que no reúna los requisitos de buena fe, título oneroso y adquisición durante la vigencia del asiento inexacto. (Art. 40 in fine a contrario sensu). Esto es, podrá, por ejemplo, perjudicar a un inmatriculante, ya que éste no adquirió durante la vigencia de ningún asiento, al ser él el que inaugura el historial registral de la finca. Siendo esto así resulta que no existe en nuestro derecho un tercero que pueda ser protegido frente a títulos no inscritos, por el mero hecho de dar publicidad registral al suyo. Su asiento es rectificable, en su perjuicio, a iniciativa del titular del dominio o derecho real no inscrito, derechos no inscritos que no podrá desconocer (Arts. 608, 609, 1473.3 primera parte y 1537 CC.). Es forzoso concluir entonces que el tercero del art. 32 LH., en relación con el art. 40.1.a) de la misma y párrafo final de este precepto, y con el art. 1473.2 CC., es el tercero germánico del art. 34 LH..<sup>273</sup> Tendrían razón, pues, ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL al afirmar que el art. 40 LH. despeja toda duda en cuanto a quién sea el tercero contemplado por el art. 32 LH..*

274

Prueba de que el art. 40 LH. genera problemas a la tesis dualista son las tres interpretaciones que del párrafo 1.a) ha ofrecido en diversos momentos JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, interpretaciones que intentaremos combatir.

En un primer momento, este autor sostuvo que el artículo 40.1.a) LH. se refería a un caso de inexactitud registral *inter partes* (entre vendedor, titular registral, y comprador, que

<sup>273</sup> Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*, Págs., 251 y 252. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 613.

<sup>274</sup> De la redacción del art. 40 *in fine* dijo NÚÑEZ LAGOS que "parece un plagio del art. 34. La palabra 'perjudicará' es la única que parece enlazarlo con la formulación más amplia del artículo 32. El resto del período 'derechos adquiridos', etc. ..., parece referirse exclusivamente al tercero del artículo 34." (Cva. ntra.). (NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Fe pública especial*. RDN., 1958. Pág., 63.) Mas no es que parezca que la palabra perjudicará enlaza el art. 40 *in fine* con el art. 32 LH. sino que lo enlaza efectivamente. Siguiendo a HERMIDA LINARES, y como explicábamos arriba, la toma de razón de un título que no se registró oportunamente y hacía inexacta la titularidad publicada por los libros, no perjudicará al tercero del art. 40 *in fine*, o lo que es lo mismo, el dicho título no inscrito no perjudicará a tercero (art. 32 LH.). Por otro lado, el hecho de que la palabra perjudicará se utilice en el art. 40, que claramente responde al sistema de fe pública registral, hace ver que no tiene por qué dar necesariamente a un precepto un tono de sistema de transcripción, y que tiene razón ROCA SASTRE cuando dice que son equivalentes en la Ley las palabras no perjudicará y será mantenido en su adquisición. (Arts. 32 y 34 LH..)

no inscribe su adquisición). Como de acuerdo con su tesis de la inscripción constitutiva de la eficacia *erga omnes* del derecho real, la transmisión no inscrita es eficaz *entre las partes* pero no respecto al tercero latino del 32 LH., para quien el vendedor continúa siendo propietario (tesis de la propiedad relativa de FUNAIOLI y de la adquisición *a domino*), para el dicho tercero del art. 32 LH. *la relación jurídica inmobiliaria no registrada no genera una situación de inexactitud registral sino únicamente una situación interina de conflicto de títulos que el legislador resuelve confiriendo la propiedad o el derecho real limitado erga omnes al que inscribe su título (tercero latino del art. 32 LH., que puede ser un adquirente a título gratuito, por ejemplo)*. En este contexto, sólo cabe hablar de inexactitud registral por falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria *entre el vendedor (titular registral) y el comprador que no ha inscrito su título* y es propietario frente a aquél *en contra de lo que todavía publica el registro*, que por eso, entre ambas partes, es inexacto.<sup>275</sup>

Frente a esta interpretación de GARCÍA GARCÍA cabe señalar que el supuesto del art. 40.1.a) LH., en el contexto del artículo, es *un caso más* de registro inexacto (aunque presuntamente exacto *iuris tantum*, art. 38 LH.) *ante todos, ante la sociedad*,<sup>276</sup> rectificable con perjuicio de todo aquel que no sea un tercero hipotecario que adquiriera un derecho *durante la vigencia del asiento inexacto, con buena fe (arts. 34 y 36 LH.) y a título oneroso*. Rectificable, además, por el titular del dominio o del derecho real no inscrito, *que no tiene por qué ser parte respecto al titular inscrito cuyo asiento inexacto se rectifica, pues el artículo 40 no establece tal restricción al determinar en su párrafo primero la legitimación para rectificar*.

Existe una cierta tendencia, en la que quizás se apoya GARCÍA GARCÍA, a configurar el supuesto de hecho de los artículos. 32. y 40.1.a) como una inexactitud registral

<sup>275</sup> Cfr.: GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública*. En: "Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 454 a 456 y 465.

<sup>276</sup> Ya que lo que el Registro publica, exacto o inexacto, lo publica *erga omnes*. Cfr.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 604; BERNAL - QUIRÓS CASCIARO, JOSÉ TOMAS y otros. *La inexactitud registral. Sus causas. Medios de rectificación*. (En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral." ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 598 y 599).

consistente en que "el registro publica una titularidad que ha dejado de ser exacta, porque fuera de él, y conforme a las reglas ordinarias del Derecho civil, ha tenido lugar la transmisión del derecho o se ha constituido un derecho real limitado que no publican los libros." Es decir, el registro sería inicialmente exacto, pero habría dejado de serlo posteriormente (inexactitud sobrevenida) al no haber accedido al mismo el título traslativo o constitutivo del derecho real.<sup>277</sup> En estos casos, indudablemente, la persona que pretende rectificar el Registro, titular del dominio o del derecho real limitado no inscrito y perjudicada por la vigencia del asiento inexacto, es *parte* con relación al titular registral de tal asiento. Sin embargo, en el art. 40.1.a) y 32 LH. se subsumen también supuestos de hecho de inexactitud registral por falta de acceso al Registro de una relación jurídica inmobiliaria, en los que el legitimado para la rectificación no tiene por qué ser parte respecto del titular del asiento inexacto. Así, por ejemplo, producida una doble enajenación por un mismo *auctor* titular extrarregistral, el comprador que primero recibe la traditio instrumental no inmatricula, pero sí lo hace el segundo comprador. *Una vez practicada la inscripción de inmatriculación, puede predicarse la existencia de una inexactitud registral causada por la falta de inscripción del título del verus dominus* (arts. 39 y 40.1.a) LH.), legitimado para obtener la rectificación del Registro por el art. 40.1 LH., en relación con el 40 *in fine*, *sin necesidad de ser parte respecto al titular registral*. Igualmente se subsumen en los arts. 32 y 40.1.a) LH. los casos en que alguien inmatricula una finca ajena (a consecuencia, por ejemplo, de una venta de cosa ajena que nunca fue de la propiedad del vendedor), o parte de una finca ajena, o los casos de inmatriculación de finca adquirida como libre estando en la realidad gravada por derechos reales limitados ocultos por el vendedor. En todos estos casos el legitimado para la rectificación del asiento inexacto (art. 40.1.a) ) *no es parte respecto del titular registral*, y la rectificación que pretenda (su título en definitiva), no podrá perjudicar al tercero que

<sup>277</sup> DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 40 LH.* En: AFONSO RODRÍGUEZ, CORRAL DUEÑAS y otros. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Pág., 849. Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. cit.*, Págs., 251 y 252. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Pág., 250.

reúna los requisitos señalados en el art. 40 *in fine* en relación con el art. 32 LH., pero sí a cualquier otro tercer adquirente.<sup>278</sup>

En un segundo momento, GARCÍA GARCÍA ha sostenido la tesis de que el art. 40.1. a) LH. se refiere a casos en que el Registro está *muerto* y se pretende reanimarlo mediante una serie de procedimientos: la inmatriculación, la reanudación del tracto o la rectificación.<sup>279</sup>

Frente a este argumento hay que notar que la falta de inmatriculación de una finca no es un supuesto de inexactitud registral sino de *discordancia del Registro con la realidad* (art. 198 LH.), como ha señalado la doctrina,<sup>280</sup> por lo que el art. 40.1. a) LH., en relación con el art. 39 de la misma no puede referirse al supuesto de falta de inmatriculación de una finca *sino a otros casos en los que existe ya un contenido registral en los libros*, inexacto por no haber accedido a aquéllos un determinado título inscribible. Contenido inexacto que es rectificable mediante la toma de razón o inscripción del título que, por permanecer fuera del Registro, hace inexacto el asiento vigente, (por ejemplo, mediante la inscripción de un título constitutivo de un usufructo o de una servidumbre que gravan el dominio publicado como libre), mediante la reanudación del tracto sucesivo interrumpido o mediante resolución judicial que ordene la rectificación.<sup>281</sup>

<sup>278</sup> Sin embargo, existe doctrina que entiende que bajo la expresión del art. 40.1. d) LH. "cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente" se englobaría, entre otras hipótesis, la de que la situación registral es originariamente inexacta porque se ha inmatriculado la finca a nombre de un no propietario. (DÍEZ - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. 2º. Editorial Tecnos. Madrid, 1978. Pág., 439).

En nuestra opinión, la hipótesis es subsumible en el art. 40.1.a) porque la inexactitud, aunque sea originaria, tiene por causa la permanencia fuera del registro de una relación jurídica inmobiliaria, el derecho del *verus dominus*.

<sup>279</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993. Pág., 78.

<sup>280</sup> Dice LÓPEZ TORRES que en el caso de falta de constatación en el Registro de todas las relaciones jurídico - inmobiliarias, o falta de inmatriculación, "en puridad de principio, no debe hablarse ni de exactitud ni de inexactitud; el libro sólo acredita la total carencia de sustancia jurídico-inmobiliaria. No obstante, hay que estimar existe una evidente discordancia entre Registro y realidad. Por ello, el artículo 198 del texto refundido expresamente se refiere como uno de los medios de restablecer la concordancia entre Registro y realidad, 'por la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna'. Y el artículo 199 nos dice los distintos medios de lograr la inmatriculación.

Se rectifica lo que se afirma equivocado o perjudicial; se hacen rectificaciones en el mundo externo y en el espiritual, pero nunca la rectificación es creadora, sino sólo distinta orientación a lo ya existente.

Por ello afirmamos que el supuesto de *inmatriculación* no tiene cabida en el artículo 40, al referirse a la rectificación 'por la toma de razón del título correspondiente'. (LÓPEZ TORRES, JOSÉ MARÍA. *Inexactitud, rectificación y concordancia de Registro y realidad*. RCDI., Julio 1946. Nº 218. Págs., 435 y 436).

<sup>281</sup> ROCA SASTRE da por supuesto que el art. 33.2 de la LH. 1909, en la redacción que le dio el art. 1º de la

Es evidente que el art. 40 LH. se refiere a supuestos de inexactitud registral. Pero, para que pueda hablarse de inexactitud del Registro, es preciso, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que éste publique algún contenido, contenido del que se predique su falta de exactitud. En el caso de falta de inmatriculación de la finca, no es que el Registro sea inexacto y discrepante de la realidad jurídica, sino que ésta permanece totalmente ausente del Registro; ajena al mismo.<sup>282</sup> No hay Registro a rectificar sino que, como se ha dicho, lo que se pretende es atraer la realidad al Registro, por medio de los procedimientos de inmatriculación. Se hace concordar el Registro con la realidad. (Título VI de la LH., artículo 198).

Se nos podría argumentar contra lo que sostenemos ( el art. 40.1. a) LH. no se refiere al hablar de la toma de razón a la inmatriculación de fincas sino a la inscripción de títulos de dominio u otros derechos reales relativos a fincas *ya inmatriculadas*), que *también la interrupción del tracto sucesivo es un supuesto de discordancia del Registro con la realidad (art. 198 LH.), y sin embargo se contempla en el artículo*

---

Ley de reforma hipotecaria de 1944, homólogo del actual art. 40.1. a) LH., se refiere a un caso de falta de acceso al Registro de una relación jurídica inmobiliaria *relativa a finca ya inmatriculada*. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria. (Breve examen informativo-crítico)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Marzo, 1945. Pág., 43.)

<sup>282</sup> ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*. Vol. 2º. 8ª Edición, José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. Pág., 483. Dice este autor que en el caso de que una finca no esté inmatriculada "... más que de Registro inexacto, propiamente hay que hablar de que la realidad está *por completo ausente* del Registro. Pues no es que éste la recoja inexactamente, sino que *no la recoge* (ni de forma exacta ni inexacta)".

En términos semejantes se expresa DE PABLO CONTRERAS al decir: "No hay ... inexactitud - en el sentido de los arts. 39 y 40 de la Ley - cuando existen derechos reales que viven totalmente al margen de los libros, porque las fincas sobre las que recaen no están siquiera inmatriculadas. ... [No] hay términos hábiles para hablar de desacuerdo entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral, *por faltar ... el primero de los términos de comparación* [es decir, el Registro]". (DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 39 LH.*. En: AFONSO RODRÍGUEZ, CORRAL DUEÑAS y otros. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 846 y 847). En efecto, como ha señalado la doctrina, si con arreglo al art. 39 LH., "por inexactitud del Registro, se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral", como el Registro, para cada finca, *es el folio real abierto a la misma*, sólo puede existir el desacuerdo entre Registro y realidad jurídica, denominado inexactitud, en los casos en que exista una inscripción de inmatriculación, al menos, *que haya abierto el dicho folio real o registro particular de la finca*, pues hasta entonces no hay registro ni, por lo tanto, cabe comparar la realidad jurídica con el mismo.

Distingue también entre inexactitud registral o situación *contra tabulas* de la vida jurídica de los inmuebles y falta de inmatriculación o vida jurídica *extra tabulas* de los inmuebles, SANZ FERNÁNDEZ. ( SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *El Registro y la realidad jurídica*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 23 de mayo de 1961. AAMN, 1965 (Tomo XIV). Págs., 403 a 406.)

*40. 1. a) LH, por lo que si tal se hace con dicho supuesto de discordancia, lo mismo puede pretender hacer el art. 40. 1. a) con la falta de inmatriculación.*

Sin embargo, hay que tener presente que falta de inmatriculación e interrupción del tracto sucesivo son supuestos absolutamente diversos, dándose en el segundo la peculiaridad de poder generar - en terminología de ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL - tanto un supuesto de inexactitud registral en sentido técnico, (inexactitud que se mantiene como verdad *iuris et de iure* en favor de tercero hipotecario) como un supuesto de *mera discordancia entre Registro y realidad*, (sin operación de la fe pública) que se resuelve mediante un mecanismo reanudador del tracto.

Cuando una cadena de titularidades que tiene su origen en una titularidad publicada por el Registro, permanece al margen del mismo, se produce una *inexactitud* del contenido de los asientos que puede devenir relevante para la actuación de la fe pública registral, si se produce un posterior acto de enajenación o gravamen por el titular registral aparente con inscripción en vigor, que logre su acceso al Registro en las circunstancias del art. 34 LH.. Es el supuesto contemplado por el artículo 40. 1. a) LH, en relación con el artículo 40 *in fine* (la pretensión de reanudación del tracto por el último causahabiente de la cadena de titularidades extrarregistrales no perjudicaría al tercero hipotecario). Mas si el dicho acto de enajenación o gravamen por el titular registral aparente con asiento vigente en su favor no se produce, sino que simplemente la cadena de transmisiones permanece al margen del Registro y el último causahabiente de la misma pretende reanudar y reanuda el tracto registral interrumpido (art. 200.1 LH.), la situación registral para este causahabiente es la de una *discordancia del Registro con la realidad* que se ha remediado por medio de la vuelta de la realidad al Registro, pero no una situación de inexactitud *técnicamente hablando*, pues no existe ni apariencia en que se confíe al adquirir, ni tercero que adquiriera fiado de ella, ni protección dispensada por la fe pública. Por esta dualidad de situaciones que puede generar la ruptura del tracto sucesivo es por lo que la Ley Hipotecaria contempla tal supuesto en dos lugares distintos de su articulado: en el art. 40.1. a) y 32 de la LH, entre los casos de inexactitud registral (frente a los cuales ofrece la fe pública su



amparo al tercero hipotecario) y en el Título VI de la LH., entre los medios para concordar el Registro con la realidad.<sup>283 284</sup>

<sup>283</sup> Son casos de inexactitud registral los supuestos de apariencia de titularidad de un derecho (con la extensión y consistencia publicada por el Registro) que determinan la actuación de la fe pública registral cuando un tercero que adquiere un derecho real sobre la base de tal apariencia y confiando en la misma, inscribe su adquisición. (ROCA SASTRE).

No son casos de inexactitud registral, técnicamente hablando, aquellos en que, pese a no coincidir el Registro con la realidad, **no opera la fe pública registral** amparando al tercero hipotecario, como en los supuestos de falta de inmatriculación de la finca; excesos y defectos de cabida; falta de inscripción de construcciones, mejoras y plantaciones; supuestos de reanudación del tracto sucesivo interrumpido; prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena susceptibles de posesión o de protección posesoria ... Estos casos la Ley los engloba, a nuestro juicio, en el amplio concepto de **Discordancia del Registro con la realidad** y para lograr su eliminación, propone los procedimientos del Título VI LH..

Ahora bien, hay dos supuestos en que se entremezclan los conceptos de inexactitud y de discordancia:

1º.- En el caso de ruptura del tracto sucesivo interrumpido, en el sentido arriba explicado.

2º.- En el caso de prescripción extintiva de un derecho real inscrito que sin embargo el Registro sigue publicando como en pleno vigor. En este caso cabe que se dé un supuesto de inexactitud o de discordancia según cuál sea el derecho real objeto de la prescripción extintiva ante el que nos encontremos.

Si la prescripción extintiva es de un derecho real poseible (un usufructo, p.e.), dicha prescripción extintiva perjudicará siempre al tercero hipotecario que adquiera el derecho sobre la base del Registro (art. 36, último párrafo de la LH.), luego **no estamos ante un supuesto de inexactitud registral amparable por la fe pública sino ante un supuesto de discordancia del Registro con la realidad**. Si bien el Registro publica un derecho que aparentemente puede ser hecho valer coactivamente frente a terceros aunque en la realidad jurídica carece de tal posibilidad a causa de la prescripción extintiva, el tercero hipotecario que adquiere sobre la base de lo publicado por el Registro, no adquirirá un derecho activo frente a terceros, sino un derecho que queda a la voluntad de aquéllos a quienes se quiera imponer. La prescripción extintiva, pese a no reflejarse en el Registro, le perjudica. (Cfr.: ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Vol. 1º. 8ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. Págs., 234 y 235).

Si la prescripción extintiva es de un derecho real no poseible (una hipoteca, por ejemplo), el tercero que lo adquiere es amparado por la fe pública registral (art. 36, último párrafo LH. *a contrario sensu*. [Cfr.: Ibídem. Pág., 235.]), luego el **supuesto a que da lugar es de inexactitud registral**.

Ante esta dualidad de situaciones que puede generar la prescripción extintiva de un derecho real en cosa ajena inscrito, la LH. contempla el supuesto tanto entre los casos de inexactitud (art. 40. 1. b) LH.), como entre los casos de mera discordancia (Título VI de la LH., art. 209).

Las referencias cruzadas que pueden encontrarse entre el art. 40.1. a) y b) de la LH. y los procedimientos del Título VI (por ejemplo, el art. 209 LH., en sede de discordancia, se refiere también a las *hipotecas inscritas afectadas por prescripción extintiva*, que hemos incluido entre los supuestos de inexactitud registral) obedecen sencillamente a que, **sean unas u otras las consecuencias sustantivas que puedan derivarse de la inexactitud o de la discordancia registral, el procedimiento para eliminar ambas situaciones puede ser el mismo**. Desde este punto de vista cobran pleno sentido los arts. 39 y 40, en relación con el art. 34 LH., relativos a la inexactitud registral, y el art. 198 LH., y concordantes, relativo a la discordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistral. (Art. 198 LH: "La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral se llevará a cabo según los casos, por la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna, por la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y por el expediente de liberación de cargas y gravámenes.")

<sup>284</sup> Sobre los conceptos de discordancia, concordancia del Registro con la realidad jurídica, inexactitud y rectificación puede verse: CÁRDENAS HERNÁNDEZ. *La inexactitud registral y conceptos afines*. RDN., 1955. Págs., 421 a 446.; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Pág., 251; LÓPEZ TORRES, JOSÉ MARÍA. *Inexactitud, rectificación y concordancia de Registro y realidad*. RCDI. Nº 218. Julio 1946. Págs., 433 a 442. RODRÍGUEZ COLLANTES. *Discordancia y falta de concordancia*

Finalmente, GARCÍA GARCÍA, en una obra posterior a su "*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*" abandona la idea de que el art. 40.1.a) LH. haga referencia a una inexactitud registral *inter partes* o a supuestos de falta de inmatriculación y opta por entender que el art. 40.1. a), *concordante con el art. 34 LH., hace referencia a supuestos de inexactitud registral por falta de legitimación dispositiva civil del titular publicado como tal por el Registro, a causa de permanecer el título del verus dominus fuera del Registro*. El art. 40.1. a) LH. se referiría a supuestos de ineficacia [para la transmisión o constitución del derecho real con arreglo al Derecho civil puro] del negocio jurídico realizado por el titular registral con el tercero, *por causa de la relación jurídica inmobiliaria que no ha tenido acceso al Registro y determina la inexactitud del asiento del titular registral*.<sup>285</sup> Esto es, el art. 40.1.a) LH. se referiría a supuestos *de venta de cosa ajena por el titular registral o constitución de derechos reales limitados sobre cosa ajena por el titular registral; entendiéndose por cosa ajena, aquélla que nunca perteneció al enajenante o constituyente*. Estaríamos así en el ámbito de las ineficacias propias del art. 34 LH., *que nada tienen que ver con la ineficacia relativa del negocio jurídico frente a terceros, denominada inoponibilidad y contemplada en el autónomo art. 32 LH.*

Desarrollando este planteamiento, explica el autor que "en la venta de cosa ajena, el legislador no establece ningún conflicto de títulos, sino que en principio, tanto por Derecho

---

*entre el Registro y la realidad jurídica*. RCDI., 1958. Págs., 85 a 105. SANZ FERNÁNDEZ. *El Registro y la realidad jurídica*. AAMN., 1965. (Tomo XIV). Págs., 397 a 480; DE MENA Y SAN MILLÁN, JOSÉ MARÍA. *La inexactitud registral procedente de delito*. (En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 345 a 373); CHICO Y ORTIZ. *La inexactitud registral. La rectificación de la inscripción*. (En: Ponencias ..., *Op. cit. supra*, Págs., 425 a 448); DE ZUMALACÁRREGUI Y M. CORDOVA. *Inexactitud registral y concordancia entre Registro de la Propiedad y realidad jurídica. Apuntes y sugerencias*. (En: Ponencias ..., *Op. cit. supra*, Págs., 469 a 539); BERNAL - QUIRÓS CASCIARO, JOSÉ TOMAS y otros. *La inexactitud registral. Sus causas. Medios de rectificación*. (En: Ponencias ..., *Op. cit. supra*, Págs., 559 a 619).

<sup>285</sup> "Esta ineficacia civil, que no es nulidad [ni por falta de objeto ni por falta de causa, como a veces se alega en las demandas - dice - solicitando la aplicación del art. 33 LH.], es lo que precisamente la legislación hipotecaria tuvo la finalidad de sustituir, desde sus orígenes, por razones de la seguridad del tráfico, por la *legitimación registral dispositiva* concedida al titular registral en beneficio del adquirente que, confiado en tal legitimación, adquiere basado en los asientos del Registro". (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 33 LH. en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 400 a 402). *Cfr.* lo que dijimos en el Capítulo III a propósito de la legitimación dispositiva del titular registral, notas ... y ...

civil como por Derecho hipotecario, el dueño es el *verus dominus*. Sin embargo, si otra persona que no es el *verus dominus*, [y que nunca ha sido dueño] tiene inscrito el dominio y lo vende a un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ... se da un supuesto de inexactitud del apartado a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, pero esta inexactitud no perjudica al tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (último párrafo del art. 40 LH.), lo que nada tiene que ver con el conflicto entre dos derechos en pugna que se resuelve a través de la publicidad registral, como es el caso de los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1473.2º del Código Civil". (Cva. ntra.) <sup>286</sup> [Recuérdese lo que dijimos sobre la distinción entre doble venta y venta de cosa ajena que establece este autor. Cfr.: Capítulo III, epígrafe III.4].

" ... el supuesto del artículo 32 de la Ley Hipotecaria - continúa el autor - no es un supuesto de inexactitud registral, pues trata de resolver, a través del criterio de prioridad de la inscripción, cuál es el título eficaz frente a terceros y cuál el inoponible, es decir, trata de determinar cuál es el título que *produce exactitud* respecto a terceros, en concordancia con los antecedentes históricos <sup>287</sup> [sic] y con el artículo 1473.2º del Código civil, al establecer que la << propiedad *pertenecerá* al adquirente que antes haya inscrito en el Registro >>.

Por tanto, el apartado a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, relativo a la inexactitud derivada de la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria, *no se refiere al supuesto de inoponibilidad o conflicto de título inscrito y no inscrito* [cva. ntra.], que tiene su propia sede en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, sino a supuestos de ineficacia del negocio jurídico por razón de [la] relación jurídica no inscrita, propios del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es el que alude precisamente en su párrafo 2º a la inexactitud registral, como es el supuesto de la *venta de cosa ajena*, propio del ámbito de las *ineficacias* del

<sup>286</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Pág., 352.

<sup>287</sup> Para GARCÍA , recordando ideas ya expuestas, el comentado párrafo de la Exposición de Motivos de 1861 relativo a la doble venta, demostraría que el art. 32 LH. no contempla un supuesto de inexactitud registral sino un problema "de la adquisición del concepto de propietario respecto a terceros". La *ratio* del art. 32 LH. es sentar el valor de la inscripción como elemento determinante de la eficacia *erga omnes* del derecho real, frente al problema de la fe pública, que es la *ratio* del art. 34 LH.. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH. ...*, *Op. cit.*. Pág., 326).

artículo 34 de la Ley Hipotecaria, e incluso de la existencia de prohibiciones de disponer no inscritas o de resoluciones judiciales sobre alteración de las facultades de administración o disposición del transmitente no inscritas".<sup>288 289</sup>

En última instancia, el art. 40.1.a) LH. se referiría a unos supuestos de hecho específicos, en relación con el art. 34 LH.,<sup>290</sup> que nada tendrían que ver con los conflictos de títulos como la doble venta del art. 1473.2 CC., *por lo que nada aportaría en contra de la interpretación autónoma del art. 32 LH*, cuyo supuesto de hecho es un conflicto de títulos y no una inexactitud registral.<sup>291</sup>

En apoyo de que la transmisión de cosa ajena o la constitución de derechos reales en cosa ajena en favor de tercero hipotecario, se subsumen en el ámbito de los artículos 40.1.a) y 34 LH., cita la STS. de 29 de enero de 1997 (RJA. 1997/145),<sup>292</sup> *"que considera tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al acreedor hipotecario de hipoteca constituida sobre cosa*

<sup>288</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH...*, *Op. cit.*, Pág., 322.

<sup>289</sup> Aunque el tercero sea parte en el negocio jurídico de venta de cosa ajena o de hipoteca de cosa ajena, es aplicable el art. 34 LH., *por ser ajeno a la titularidad civil o real del verus dominus*, "que, al no inscribir su derecho en el Registro ni anotar en su momento la correspondiente demanda de acción reivindicatoria contra el titular registral, y pretenderlo hacer después, cuando ya ha inscrito el tercero de buena fe", ha dado pie a que se produzca un supuesto del art. 34 LH.: una anulación o resolución *del derecho del transmitente*, cuando el tercero ya ha adquirido *a non domino*, con todos los requisitos exigidos por el art. 34 LH.. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 33 LH. ...*, *Op. cit.*, Págs., 400 a 402.

<sup>290</sup> En el ámbito del art. 34 LH. habría que incluir, pues, los siguientes supuestos de inexactitud registral: la nulidad absoluta, anulabilidad e inexistencia del negocio jurídico antecedente al del tercero (arts. 40.1. d) y 79.3 LH.); la falsedad del negocio antecedente (simulación absoluta y falsedad documental; art. 40.1. d) LH.); nulidad de la inscripción antecedente a la del tercero (arts. 31, 40.1. c) y 79.4º LH.); resolución de efectos retroactivos, *ex tunc* y reales, según el Derecho civil, del negocio jurídico anterior a aquél en que interviene el tercero, (arts. 40.1. b), 79.2º y 37.1º y 2º LH "relativos a los supuestos de acciones resolutorias y revocatorias de *efectos reales*") [GARCÍA GARCÍA cita como supuestos de esta clase, la condición resolutoria propiamente dicha (art. 1123 CC.), la condición resolutoria explícita por impago del precio aplazado en la compraventa (arts. 1504 CC. y 11 LH.); el pacto de retroventa y el retracto convencional (art. 1510 CC.); la revocación de donaciones por incumplimiento de la carga impuesta por el donante; "la resolución de un negocio por eficacia del llamamiento fideicomisario o de reservatarios, etc."]; **la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria (art. 40.1. a) LH.) o falta de legitimación dispositiva civil del transmitente** y la ineficacia del negocio jurídico en que interviene el tercero, o del negocio precedente, por haberse decretado judicialmente la retroacción de la quiebra a un momento anterior a la celebración de tales negocios. (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 34 LH. en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 445 a 448).

<sup>291</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 34 LH. ...*, *Op. cit.*, Pág., 426.

<sup>292</sup> Ponente: Antonio Gullón Ballesteros.

ajena", la STS. de 14 de julio de 1988 (RJA. 1988/5689) <sup>293</sup> y la STS. de 19 de octubre de 1998 (RJA. 1998/8072). <sup>294 295</sup>

Esta evolución que presenta el pensamiento de GARCÍA GARCÍA nos sugiere las siguientes consideraciones:

1. Si bien con anterioridad el autor había mantenido que en el art. 32 LH. se subsumían conflictos de títulos procedentes tanto del mismo como de diverso *auctor*, según ya vimos, en este momento posterior el autor sostiene que en el art. 32 LH. sólo se subsumen conflictos procedentes del mismo *auctor*. Así afirma:

"La *conexión resultante del principio de inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria* es, en realidad, una *conexión angular*, porque de un mismo transmitente o

---

<sup>293</sup> Ponente: Antonio Sánchez Jáuregui.

<sup>294</sup> Ponente: Francisco Morales Morales.

<sup>295</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 33 LH. ...*, Op. cit., Págs., 429 y 430.

La STS. de 29 de enero de 1997 (RJA. 1997/145) versó sobre los siguientes hechos.

El titular de un bien inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad lo enajenó por medio de escritura pública en favor de D. Luis Marina M. S.. Estando todavía en vigor la inscripción de dominio en favor del vendedor, éste hipotecó la finca en garantía de la devolución de una cantidad prestada. El titular extrarregistral interpuso demanda solicitando la declaración de ser nula la hipoteca constituida por falta de poder de disposición en el hipotecante (art. 138 LH.). Asimismo se alegaba la nulidad del contrato por falta de objeto, y la imposibilidad de ser convalidado por la inscripción (art. 33 LH.). La demanda fue desestimada en primera instancia, confirmándose la sentencia en apelación. La sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación, no estimándose el recurso.

El Tribunal Supremo alegó en *ratio decidendi* que el acreedor hipotecario gozaba de la protección registral con arreglo al artículo 34, olvidado por el recurrente y que "protege, en las circunstancias que indica, al que adquiere de quien en el Registro de la Propiedad figura con facultades para transmitir (o para constituir, desde luego, derechos reales menores), aunque «se anule o resuelva» el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro. Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil siendo así que sólo lo era para el Registro de la Propiedad porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral."

La STS. de 14 de julio de 1988 (RJA. 1988/5689) versó sobre un caso de reivindicación del *verus dominus* extrarregistral (Comunidad de Regantes de Miraflores) frente a unos adquirentes de titular registral, pero con dudas fundadas de que parte del terreno que adquirirían perteneciese a aquél, por lo que el Tribunal Supremo consideró que no ostentaban buena fe y que el art. 34 LH. no podía operar en su favor.

En cuanto a la STS. de 19 de octubre de 1998 (RJA. 1998/8072), el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación planteado por el *verus dominus* extrarregistral por entender que los reivindicantes frente a aquél ostentaban la condición de terceros hipotecarios del art. 34 LH. al haber adquirido de buena fe el inmueble del titular registral aparente, desconociendo la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y de la subasta por la que éste había adquirido la finca discutida.

constituyente de derechos surgen dos titularidades distintas (doble venta, doble constitución de derechos, doble donación, etc.), y el conflicto surgido por esa conexión angular viene resuelto por el Código civil y por la Ley Hipotecaria, atendiendo al criterio de *prioridad de la publicidad registral*, haciendo prevalecer el derecho *publicado* sobre el derecho *clandestino*. [Nótese que a esta conexión angular respondería la STS. de 29 de enero de 1997 (RJA. 1997/145), arriba citada]

En cambio, *las conexiones resultantes del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, entre el tercero inscrito y la situación jurídica no inscrita, pueden ser de dos tipos ...

[Una] ... *conexión lineal*, que se produce en el supuesto de *nulidad o resolución* del derecho del transmitente, o falsedad del título del mismo o de nulidad de la inscripción ... [del transmitente] ... [A esta conexión lineal respondería la STS. de 19 de octubre de 1998 (RJA. 1998/8072)]

Y ... [una] ... *conexión lateral o paralela*, que se produce en el supuesto de ineficacia del derecho del transmitente por falta de legitimación del mismo para transmitir derivada de pertenecer el derecho a persona distinta que no figura en el Registro (venta o enajenación de cosa ajena, venta por el quebrado sin que conste en el Registro la declaración de quiebra) ...".<sup>296</sup> [A esta conexión lateral o paralela respondería la STS. de 14 de julio de 1988 (RJA. 1988/5689)]

Queda claro, pues, que en el art. 32 LH. sólo se subsumen conflictos de títulos provenientes *de un mismo causante*. Ahora bien, como habrá podido comprobarse, hemos citado como ejemplo de conexión angular del art. 32 LH. el caso de la STS. de 29 de enero de 1997, que sin embargo cita el autor como ejemplo de sentencia relativa a un supuesto de hipoteca de cosa ajena de los arts. 34 y 40.1. a) LH., o lo que es lo mismo, relativa a un supuesto de conexión lateral o paralela. Y lo hemos hecho porque, dado el caso que resolvió la sentencia, (*Cfr. ut supra* nota ...), a nuestro juicio, sólo cabrían las dos siguientes opciones:

---

<sup>296</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 34. LH. ... Op. Cit.* Pág. 426 a 428.

- O bien considerar que *la sentencia no sirve como ejemplo* de supuesto de inexactitud subsumible en el art. 40.1.a) LH., porque *un mismo causante* efectúa una primera enajenación por compraventa en escritura pública, y un acto de gravamen posterior (hipoteca) de la finca, hecho que obligaría a considerar el supuesto subsumido en el hipotéticamente autónomo art. 32 LH. (que, sin embargo no aplica la sentencia para desestimar el motivo 1º del recurso, en el que se alegaba infracción del art. 1261 CC. y arts. 138 y 33 LH.. Por el contrario lo que aplica la sentencia es el art. 34 LH..).
- O bien, si se considera que estamos ante un caso de ineficacia civil del negocio jurídico celebrado con el tercero (en nuestro caso, el acreedor hipotecario), porque el titular registral carece de legitimación dispositiva civil al haber transmitido previamente la finca por contrato + traditio, *concluir forzosamente que también estaríamos ante un caso de ineficacia civil del negocio jurídico celebrado con el tercero si éste hubiera consistido en una segunda disposición del dominio por título de compraventa. Conclusión lógica que nos llevaría a afirmar la coordinación entre los artículos 1473.2, 32, 34 y 40 LH.*

2. Obviamente, esta evolución de su pensamiento debería conducir al autor a modificar su interpretación del art. 207 LH.. Como ya vimos, el autor consideraba que en relación con el tercero del art. 32 LH., el asiento de inmatriculación suspendía su eficacia ofensiva por el plazo indicado en dicho art. 207 *en el caso de conflictos entre titulares provenientes de diversos causantes o líneas.*

3. GARCÍA GARCÍA vuelve a apoyarse en un argumento histórico que carece de base sólida para permitir sostener la autonomía del art. 32 LH. respecto del art. 40.

4. El artículo 40.1 LH. no priva de legitimación para instar la rectificación del Registro a los "titulares de derechos relativos". Para el artículo sólo existen titulares plenos del dominio o de otros derechos reales *no inscritos* (art. 40.1 LH. en relación con los arts. 609 y 1473.3 primer período CC.) cuya rectificación del contenido registral únicamente no podrá perjudicar

al tercero que reúna los requisitos del art. 40 *in fine*, pero sí a cualquier otro tercero (art. 40 *in fine a contrario sensu*). *El único límite que el artículo señala a la estimación de acciones contradictorias del dominio o del derecho real inscrito es la existencia del tercero descrito en el art. 40 in fine.*<sup>297</sup>

Tampoco, pues, encontramos convincente esta interpretación que ofrece GARCÍA GARCÍA del art. 40 LH., haciéndose preciso concluir que este artículo, como señalaban ROCA SASTRE, ROCA - SASTRE MUNCUNILL Y HERMIDA LINARES, *despeja toda duda en cuanto a quién sea el tercero contemplado por el art. 32 LH.*

Insistiendo en ideas que ya hemos desarrollado antes, es preciso poner en relación el artículo 1473 CC. (párrafos 2º, y 3º, primer período), y los 608 y 1537 del mismo cuerpo legal, con los artículos 40.1.a) y 40 *in fine* LH., 38.2º, 320 y 321 <sup>298</sup> de la misma, así como con los artículos 298, párrafo último, y 284 del RH..<sup>299</sup>

Si todo lo dispuesto en el Título IV del Libro IV del CC., relativo a la compraventa, hay que entenderlo con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria (art. 1537 CC.) y a esta Ley hay que atender para determinar los efectos de las inscripciones y el valor de los asientos (también el del segundo comprador que se adelanta a inscribir; art. 1473.2 en relación con el art. 608 CC.), hay que tener presente que el art. 40.1.a) LH., en relación con el 40 *in fine*, considera que todo titular del dominio o de un derecho real limitado (adquirido con arreglo al art. 609 y 1473.3 CC., primer período) que no esté inscrito *está legitimado para rectificar con efectos sustantivos el Registro, en perjuicio de todo adquirente inscrito que no reúna las circunstancias del art. 34 LH. (art. 40 in fine a contrario sensu)*. Por lo que su

<sup>297</sup> Lógicamente tampoco se estimará la acción contradictoria si no se logró destruir la presunción *iuris tantum* de exactitud registral del art. 38 LH.

<sup>298</sup> De este precepto ha dicho CASTÁN que "... acredita la posibilidad legal de que el verdadero adquirente, en virtud de tradición, que no inscribió su título, pueda, justificando su adquisición, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento contrario a aquélla". Cfr.: CASTÁN. *Notarías*. Tomo II. Séptima edición. Pág. 206. (Citado por HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad*. RCDI, 1951. Nº 280, Pág., 655.)

<sup>299</sup> Cfr. : VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas*. I. Temas generales. 2ª Edición ampliada. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1985. Pág., 458. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 613.



*título de dominio o de otro derecho real que no estaba inscrito únicamente no podrá perjudicar al tercero que reúna los requisitos del art. 34 LH. (art. 32 LH. en relación con el art. 40.1.a) e in fine LH..)*

Que esto es así se desprende de la consideración de que ni el art. 40.1 ni el art. 38.2 LH. niegan la legitimación para el ejercicio de la acción reivindicatoria, declarativa del dominio, confesoria o negatoria (y acumulada a ellas, la acción de rectificación registral)<sup>300</sup> a los titulares de "derechos relativos" frente a los titulares de derechos *erga omnes* adquiridos por la prioridad en la inscripción. (Tampoco lo hacen el 298,

<sup>300</sup> La inexactitud a que se refiere el art. 40.1.a) LH. comporta siempre, como dice DE PABLO CONTRERAS, "una cuestión de existencia o no de los derechos subjetivos cuya inscripción se pretende, que no puede hacerse valer (a falta de << título >> en el sentido de la ley, o denegándose la práctica del asiento por el registrador) sino mediante el ejercicio de las correspondientes acciones materiales." (Cva. ntra.).

Pero siempre que la pretensión de rectificación "implique la afirmación de la existencia de un derecho inscribible no inscrito, o la inexistencia de uno inscrito, o que el derecho inscrito tiene diferente contenido del que el registro publica", como es el caso del art. 40.1.a) LH., y por lo tanto exija el ejercicio de la correspondiente acción material contradictoria del dominio o del derecho real limitado inscrito, *deberá ir acompañada de la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, como exige el art. 38.2 LH.* Esta demanda de nulidad o cancelación de la inscripción "no supone sino el ejercicio de la acción de rectificación del artículo 40, que en esta hipótesis ha de ser necesariamente acumulada por el actor a la acción material que ejercita." (DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 40 LH.* En: AFONSO RODRÍGUEZ, CORRAL DUEÑAS y otros. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart.* Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 850, 851, 855 y 856).

En parecidos términos se expresan Díez - Pícazo; Peña Bernaldo de Quirós; Bernal - Quirós Casciaro y Sanz Fernández, quien señala que el aludir el art. 38.2 a la demanda de nulidad o cancelación en lugar de a la acción de rectificación obedece a que conserva la redacción de 1909, razón por la que hoy ha de interpretarse el precepto en el sentido de que realmente se refiere a la acción de rectificación. (Díez - Pícazo, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial.* Vol. 2º. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión. Editorial Tecnos. Madrid, 1978. Págs., 441 y 442; Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* 2 Tomos. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 604. Bernal - Quirós Casciaro, José Tomás; Del Río García de Sola, Ignacio; García Trevijano, José Ernesto; Gómez Valledor, José María; Navarro González, Javier M.; Rodríguez - Acosta Gómez, Gregorio F.; Ruano Borrella, Juan Pablo y Sarmiento Ramos, Juan. *La inexactitud registral. Sus causas. Medios de rectificación.* En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Pág., 608; Sanz Fernández, Ángel. *El Registro y la realidad jurídica.* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 23 de mayo de 1961. AAMN, 1965 (Tomo XIV). Pág., 429.).

En aquellos casos en que la acción real contradictoria no conlleve la cancelación del asiento o asientos de los titulares registrales demandados, lo que procederá será solicitar simplemente la rectificación del Registro, que es lo que en última instancia se pretende (como ocurrió en los casos resueltos por las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1955 y 2 de octubre de 1976, citadas por García García). (García García, José Manuel. *Comentario al art. 38 LH.* En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart.* Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 810 y 811; García García, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario.* Tomo I. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988. Pág., 792.).

párrafo último RH.,<sup>301</sup> ni el 284 del mismo texto legal, aplicable tanto al expediente de dominio inmatriculador como al reanudador del tracto <sup>302</sup>). Si la negación de tal legitimación hubiera estado presente en la mente del legislador, habría sido manifestada expresamente, dada su importancia, pero al no haberlo sido, la coordinación entre los arts. 40.1. a), 40 *in fine*, 38.2, 34 y 32 LH. y 1473.2 y 609 CC. se impone necesariamente.

Por otro lado, el art. 1.3 LH. es un argumento más en favor de la posición que aquí sostenemos pues de su lectura se desprende que *todo asiento* practicado en los libros del Registro, puede, sin excepción, *ser declarado inexacto* por alguna de las causas del art. 40 LH. y ser rectificado (con el límite del art. 40 *in fine*). El precepto no exceptúa de la posibilidad de declaración de inexactitud *los asientos protegidos por un principio de inoponibilidad, no rectificables en favor del título no inscrito precisamente por ser éste inoponible al titular inscrito*.

También constituye un argumento en favor de la posición que defendemos la propia naturaleza real de la acción de rectificación. Esta acción, calificada por DE COSSIO Y CORRAL como "una aplicación concreta de la *acción negatoria*"<sup>303</sup> y por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA como "una especie de acción negatoria formal frente a una apariencia registral contraria"<sup>304</sup>, es inseparable del dominio o derecho real como

<sup>301</sup> Art. 298, párrafo último RH.: "Los que se crean con derecho a la finca o parte de ella cuya inscripción se haya practicado conforme al artículo 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente *en juicio declarativo*, y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva." Para DE LA RICA Y MARITORENA. este precepto demuestra que las inscripciones de inmatriculación no están amparadas por el art. 32 LH.. Destaca que incluso se prevé que se practique anotación preventiva de demanda *sin necesidad de petición de parte, debiendo ordenar el Juez que se practique*, lo que es evidente que obedece a la *ratio* de impedir que con el transcurso de dos años pueda la inmatriculación dar lugar al nacimiento de un tercero hipotecario. [Art. 207, en relación con el art. 34, 32 y 40 *in fine* LH. y 298 último párrafo RH. *Lógicamente podrán creerse con derecho a la finca o parte de ella, los que ostenten un título de dominio de fecha más antigua que el inscrito y, sin embargo, el precepto no menciona la posibilidad de que tal título sea inoponible al inscrito primero*. Por el contrario, el precepto muestra un especial interés en que sea anotada preventivamente la demanda contradictoria del dominio inscrito *porque es de los asientos posteriores al de inmatriculación de donde puede venir el perjuicio definitivo al que se cree con derecho a la finca, no del propio asiento de inmatriculación*.] (DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Pág., 726).

<sup>302</sup> Art. 284 RH.: "La declaración de estar o no justificado el dominio no impedirá la incoación posterior del *juicio declarativo contradictorio por quien se considere perjudicado*."

<sup>303</sup> DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Lecciones de Derecho Hipotecario*. (La ley de 30 de diciembre de 1944). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1945. Pág., 97.

<sup>304</sup> Citados por DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 40 LH.* Op. cit., Págs., 856 y 857.

señala el art. 40.3 LH.. De ahí que no quepa transmitir el derecho real "sin que toda posibilidad de ejercitarla pase, con él, al nuevo titular del derecho",<sup>305</sup> por ejemplo, a un primer comprador que recibió traditio instrumental. *Pero a esta posibilidad de ejercicio sólo se pone el límite material del art. 40 in fine, mas no otro. Incluso la acción podrá perjudicar a dicho tercero, si se funda en las causas que taxativamente señala la Ley Hipotecaria. (art. 38.2 LH. en relación con el art. 40).*<sup>306</sup> [Cfr., *ut supra*: nota ... ].

Finalmente, también podría argumentarse que la posibilidad de que el título traslativo o constitutivo de derechos reales no inscrito perjudique a todo el que no sea tercero hipotecario protegido por la fe pública, se desprendía del antiguo art. 396 de la LH. 1869 (posteriormente art. 389 LH. de 16 de diciembre de 1909),<sup>307</sup> respecto del cual, atendiendo a numerosa Jurisprudencia, había base para afirmar que tercero era el protegido por la fe pública registral. Luego los Tribunales debían admitir en juicio los documentos inscribibles no inscritos como prueba documental frente a todo aquel que

<sup>305</sup> DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 40 LH. Op. cit.*, Págs., 856 y 857. También, SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *El Registro y la realidad jurídica*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 23 de mayo de 1961. AAMN, 1965 (Tomo XIV). Pág., 428.

<sup>306</sup> Dichas causas pueden consistir en:

- No ostentar el demandado la condición de tercero y los requisitos de protección legal (si hubiera transcurrido el plazo de usucapión *secundum tabulas* del art. 35 de la LH., la demanda de rectificación debería fundarse, para poder perjudicar al titular registral, en la falta de los requisitos señalados en dicho precepto para que se produzca la prescripción adquisitiva en su favor.) (Cfr.: GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 38 LH.* En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999. Págs., 811 y 812).

- Otros casos en que el tercero adquirente deja de ser protegido por el art. 34. (ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo I. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Págs., 745 y 746. Así, por ejemplo, decimos nosotros, en los casos del art. 37 LH., usucapión contra tabulas que deba perjudicar a tercero hipotecario, suspensión de la fe pública por los arts. 207 y 28 LH., etc.

<sup>307</sup> Art. 396 LH. 1869: "Desde la publicación de esta ley no se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y en las oficinas del Gobierno ningun documento ó escritura de que no se haya tomado razon en el Registro, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción segun la misma ley, si el objeto de la presentacion fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá admitirse en perjuicio de tercero el documento no inscrito y que debió serlo si el objeto de la presentacion fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscrito.

También podrá admitirse el expresado documento cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algun asiento que impida verificar la inscripcion de aquel documento."

no fuese tal tercero (e incluso contra éste si se cuestionaba su condición de tal y se pedía la nulidad o cancelación de su asiento).<sup>308</sup>

#### **4. Una interpretación sistemática de los artículos 32 y 69 LH. despeja igualmente toda duda en cuanto a quien sea el tercero contemplado por aquel precepto.**

Una interpretación sistemática de los artículos 32 y 69 de la LH. desvanece igualmente toda duda acerca de quién sea el tercero a que se refiere el art. 32. Sin embargo, SERRERA CONTRERAS considera, equivocadamente, a nuestro juicio, que el argumento monista basado en el art. 69 LH. es meramente marginal.<sup>309</sup>

##### **4.1 Contradicción entre los artículos 32 y 69 LH. que genera la interpretación autónoma del art. 32.**

De la letra del art. 32 ("Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero") se deduce claramente la siguiente afirmación: *el derecho no anotado debidamente (por ejemplo, en el plazo otorgado por la ley) no perjudica a tercero.*

Ahora bien, de la letra del art. 69 ("El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo"), se desprende que *el derecho no anotado en plazo no perjudica al tercero que adquirió el*

<sup>308</sup> Cfr. : ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo III. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995. Pág., 71. GARCÍA GARCÍA, en cambio, cita estos antiguos preceptos y Jurisprudencia recaída sobre los mismos para apoyar su tesis de que el art. 313.1, en su primer inciso, [hoy art. 319] se refiere al caso de un pleito entre un tercero del autónomo art. 32 LH. "y un pretendido titular de dominio o derecho real con documento no inscrito en el Registro. Es la versión procedimental del art. 32 y con la inadmisión del documento no inscrito se refuerza el principio de inoponibilidad." (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tercero del art. 313 LH*. En: CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS (MADRID). *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1985. Págs., 749 a 771).

<sup>309</sup> SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. Nº 593. Pág., 1205.

*mismo derecho de persona que aparecía en el Registro con facultad para transmitirlo, pero sí que puede perjudicar al titular registral que simplemente inscribió el derecho a su nombre, sin adquirirlo de persona que figurase en el Registro con facultad para transmitir.*

El mismo LACRUZ BERDEJO, aunque combate el argumento monista basado en este artículo, admite que del art. 69 podría deducirse "que quien, pudiendo pedir anotación, no lo haga en el término señalado, sin embargo podrá hacerlo ulteriormente, aún en perjuicio de quien haya inscrito su derecho, si la inscripción de éste es de inmatriculación o de reanudación del tracto".<sup>310</sup>

Si admitiésemos que el artículo 32 LH. se refiere al utilizar el termino "tercero" a un adquirente de un derecho real que simplemente inscribió su título, los artículos 32 y 69 LH. estarían en flagrante contradicción, lo que no parece ni serio ni razonable. Según el primero, interpretado en "clave dualista", el derecho no anotado en plazo no perjudicaría al inmatriculante. En cambio, según el art. 69 LH. *a contrario sensu*, el derecho no anotado en plazo podría perjudicar al inmatriculante.

Ante tal contradicción es evidente que por "tercero" hay que entender en el artículo 32 LH., en relación con el art. 69 de la misma, el adquirente de un derecho real de persona que en el Registro figura con facultad para transmitir.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ejemplifica el art. 69 LH. en relación con la doble venta, (cuando el título del primer adquirente no puede ser inscrito por defecto subsanable), y ve reflejado en el mismo el sistema ideado por la LH. 1861 de protección al tercero que adquiriese de persona que apareciese en el Registro con facultades para transmitir, pues el precepto ha perdurado desde la LH 1861 hasta nuestros días en sus mismos términos.<sup>311</sup>

<sup>310</sup> LACRUZ - SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, edición 1968, pág. 217, nota. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral ...*, Tomo II. *Op. cit.* Pág., 146).

<sup>311</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 1ª Edición. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Pág., 599.

No es del todo cierta la afirmación de que el art. 69 LH. 1861 haya perdurado en sus mismos términos desde entonces hasta el Texto Refundido de 1946.

En la LH. de 8 de febrero de 1861 el texto del precepto fue el siguiente: " El que pudiendo pedir la anotación preventiva en un derecho dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá despues

En el supuesto que PEÑA subsume en el art. 69 LH. puede apreciarse claramente la

inscribirlo á su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el registro con facultad de transmitirlo."

Tras la reforma operada por la Ley de 21 de diciembre de 1869 y en la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, el texto del precepto aparecía sustancialmente idéntico aunque con las modificaciones que señalamos en negrita: "El que pudiendo pedir la anotación preventiva en un derecho, **dejase** de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo á su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el registro con facultad de transmitirlo." (Los textos están tomados de las Ediciones Oficiales que citamos en la Bibliografía).

La Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 no reformó en absoluto el precepto, que sin embargo, si que aparece ligeramente alterado en el Texto Refundido vigente:

"El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o **anotarlo** a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo".

Sin embargo, es preciso reconocer que la alteración en el Texto Refundido de 1946 de la frase "anotación preventiva en un derecho", por la de "anotación preventiva de un derecho" no tuvo más alcance que *corregir una errata material* presente en la Ley Hipotecaria desde 1861.

El que el art. 69 LH. hablase de anotación preventiva en un derecho, había sido considerado siempre por la doctrina como una errata material, fundándose en el art. 65 RH. de 21 - VI - 1861, ("El que, pudiendo pedir la **anotación preventiva de un derecho**, dejare de hacerlo, no podrá después inscribirlo á su favor, en perjuicio de tercero que haya adquirido é inscrito el mismo derecho con las circunstancias contenidas en el art. 34 de la Ley." Este artículo se conservó idéntico en el nuevo RH. de 29 - X - 1870, pero desapareció en el de 6 - VIII - 1915); en el art. 69 de la Ley de Ultramar de 26 de Mayo de 1893, para Cuba, Puerto Rico y Filipinas, ("El que pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de trasmitirlo"), en el sentido del precepto y en el sentido común. (MORELL Y TERRY, JOSÉ. *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*. Vol. 21. Hijos de Reus, editores. Madrid, 1917. Pág., 300; GALINDO DE VERA, LEÓN Y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. 4ª Edición. Corregida, aumentada y arreglada al Código civil vigente por D. RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA. Tomo II. Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo. Madrid. Reimpreso en 1903. Pág., 648)

Así decía MORELL: "Es de observar que, aunque el art. 69, tal como se halla redactado, habla de pedir la anotación preventiva *en* un derecho, esto se ha considerado siempre como una simple errata que no se concibe que aún subsista. La Ley de Ultramar, y lo mismo el art. 65 del anterior reglamento [nótese que esto se escribe en 1917], se refieren como es de sentido común al que pudiendo pedir la anotación preventiva *de* un derecho, dejare de hacerlo; por eso se añade que, después, ya no podrá *inscribirlo* a su favor en perjuicio de tercero. La palabra inscribirlo alude directamente al derecho que se pudo anotar, y no tendría fácil explicación refiriéndose a la finca o derecho sobre que había de imponerse la anotación, ni se concebiría, dado el tecnicismo de la ley, que se hablase derecho y no también de la finca afectada.

Se trata, pues, de anotaciones preventivas de derechos ..." (Ibídem.).

En consecuencia, la alteración del art. 69 LH. por el Texto Refundido de 1946 en cuanto a la frase comentada consistió simplemente en la eliminación de una errata, y en tal sentido, cabe afirmar que el precepto permanece inalterado desde 1861. En cuanto al hecho de añadir el texto de 1946 "no podrá después inscribirlo o **anotarlo**", podría haber tenido el sentido de aclarar que el precepto no se refería necesariamente a *anotaciones que deban producir más tarde la inscripción del mismo derecho que se anota*, como entendía MORELL Y TERRY, limitándolo a las anotaciones preventivas por defectos subsanables (precursoras de la inscripción), a las anotaciones en favor del acreedor refaccionario y a las anotaciones de legados de renta o pensión, (Ibídem. Págs., 300 y 301) sino también a *anotaciones de derechos que no pueden causar otro asiento que el de anotación*.

contradicción en que se incurre si se da una interpretación autónoma al art. 32, como antes decíamos. Un supuesto de doble venta en el que el título del primer adquirente no se inscribe por defecto subsanable, es un caso de derecho anotable en un plazo (los 60 días de vigencia del asiento de presentación), y, por lo tanto, subsumible en el art. 69. Según éste, si el segundo comprador no es tercero del 34 LH., podrá ser perjudicado por el título del primer adquirente, aún no habiendo sido anotado en plazo. Pero al mismo tiempo, el art. 32 LH., si se interpreta en clave dualista, estaría afirmando la inoponibilidad del título no inscrito ni anotado del primer comprador al título inscrito del segundo e inmatriculante, por ejemplo. He aquí la contradicción entre preceptos de la Ley Hipotecaria que determina la interpretación autónoma del art. 32, interpretación, que, por tal motivo, no resulta viable.

"El primer adquirente - dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS - (por ejemplo, primer adquirente comprador en el supuesto del artículo 1473 CC.), si no es posible la inscripción por defecto subsanable, pudo pedir anotación preventiva durante los sesenta días que dura el asiento de presentación. Si no lo hace, es hipotéticamente posible que un segundo adquirente (comprador) inscriba su adquisición (proveniente de quien ya no era dueño, pues había vendido al primer adquirente). Pues bien, del art. 69 LH. resulta con toda claridad que *no basta una inscripción de inmatriculación* <sup>312</sup> *para resultar protegido frente al primer comprador (y ya dueño)*. Para estar protegido es necesario, conforme al art. 69 LH, que el tercero [segundo comprador en el ejemplo] << haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona *que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo* >>".<sup>313</sup> Es decir, de este artículo deduce PEÑA la falta de protección al inmatriculante frente a títulos no inscritos y, en consecuencia, la necesidad de confiar en el contenido positivo del Registro para que el tercero mencionado por el art. 32 sea protegido frente a títulos no inscritos. En definitiva, el carácter único del tercero protegido por el Registro de la Propiedad. <sup>314</sup>

<sup>312</sup> O un asiento de reanudación del tracto, como señala en la 3ª Edición (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág., 552)

<sup>313</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 1ª Edición. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Págs., 599 y 600.

<sup>314</sup> El que el art. 69 no haga referencia expresa al título oneroso y buena fe del tercero - dice PEÑA -, obedece a que su texto es el mismo que el de la LH 1861, en que todavía no exigía expresamente la Ley tales requisitos para la protección. (Ibídem. Pág. 600, nota 11. Cfr.: lo que decimos en nota ...).

La ausencia de tales requisitos no determina, pues, una diferenciación entre el tercero del art. 34 y el

#### 4.2. Refutación de los argumentos dados por algunos dualistas para salvar la contradicción apuntada.

LACRUZ BERDEJO, que ha reconocido la importancia que para la defensa de la tesis monista supone el artículo 69 LH.,<sup>315</sup> ve en él un precepto muy particular por referirse a ciertas anotaciones preventivas; precepto a partir del cual sería posible realizar una interpretación *a contrario sensu* (lo no anotado en plazo, perjudica, pese a ello, a quien no reúna la condición de tercero del art. 34) y una aplicación analógica y *a fortiori* a todo supuesto en que un titular extrarregistral entra en conflicto con un titular registral. (Si lo que sólo es anotable dentro de cierto plazo perjudica al adquirente inscrito que no trae causa de un titular registral anterior, aún pasado el plazo legal para la anotación, con mayor motivo, lo que es anotable en todo tiempo o inscribible, le perjudicará).

"Literalmente, según se ve, - dice LACRUZ BERDEJO - el artículo se refiere a un número reducido de anotaciones: las del legatario, del acreedor refaccionario y de suspensión. Ahora bien, ¿cabe aplicarlo, por analogía, a cualquier agresión procedente de titular extrarregistral, contra un titular registral? Por la afirmativa puede alegarse que, si aun siendo el atacante titular de un derecho tan débil que sólo era anotable dentro de cierto plazo, se exige al adquirente inscrito que reciba de un *auctor* registral (sin cuyo requisito no será protegido), *a fortiori* cuando el ataque provenga de un derecho real perfecto (como, por ejemplo, el del comprador de un inmueble que no llega a inscribir su título). Es decir: si el artículo 69, caducado el plazo para anotar, todavía considera al derecho anotable a plazo con fuerza para perjudicar a tercero, á menos que éste sea causahabiente registral, con mayor razón ocurrirá ello cuando las anotaciones e inscripciones son de las que pueden practicarse en todo tiempo. Y por ende, en definitiva, <<el primer adquirente, que, pudiendo pedir la inmatriculación de la finca y de su derecho, dejase de hacerlo dando lugar a que inmatricule un segundo adquirente

---

del art. 69.

<sup>315</sup> "Si hay, con todo, - dice - un precepto en la LH. en el cual se presenta la previa inscripción como requisito de la protección registral: es el artículo 69 ..." (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág., 262.)



de buena fe, podrá después inscribir a su favor en perjuicio de este segundo adquirente que no recibió la finca de persona que en el Registro aparecía con derecho para transmitirla.>> ...<sup>316</sup>

Nos hallamos ante el único argumento de verdadero peso contra la subsistencia del sistema de inoponibilidad de las leyes belga y francesa en la española de 1861 ...<sup>317</sup>

Sin embargo, tras ponderar estos argumentos, LACRUZ BERDEJO concluye que prefiere inclinarse por una afirmación directa como la formulada en el art. 23 (hoy 32), antes que por esas afirmaciones *a contrario sensu* y *a fortiori*, porque el art. 32 LH. es un precepto fundamental y referido a la inscripción en general, mientras que el art. 69 LH. es un precepto concreto, muy particular, que se refiere a un asiento secundario como la anotación preventiva, y porque la protección al inmatriculante frente a dobles enajenaciones está mantenida y confirmada por el art. 1473 CC..<sup>318</sup>

Resulta difícil compartir estas preferencias del profesor LACRUZ BERDEJO. En primer lugar, porque el art. 32 LH. no afirma directamente lo que los dualistas interpretan, sino lo que ya vimos que se desprendía de una interpretación exclusivamente literal. (Cfr.: *ut supra* epígrafe III.1) No existe, a nuestro juicio, la afirmación directa relativa a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, que LACRUZ BERDEJO prefiere escoger.

---

<sup>316</sup> "En pro de la negativa - decía en sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de 1957 - cabe aducir lo particular del art. 69, cuya regla, si fuera general, se habría formulado como tal, y no referida a un supuesto concretísimo [anotaciones preventivas que gozan de una reserva de rango durante un plazo legal y que tienen señalado un término para practicarse]: *a contrario* cabe pensar precisamente que en los demás supuestos [inscripciones y anotaciones que no tienen señalado un plazo para su práctica] no es aplicable.

La solución del problema es, en verdad, dudosa. Teóricamente parece mejor fundada la tesis negativa, pero en la práctica es más probable que triunfe la contraria." (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* ..., *Op. cit.*, Págs., 262 y 263.)

En la edición de 1968 de su *Derecho inmobiliario registral* el autor ya no hace constar este argumento en pro de la negativa, sino que, por el contrario, a nuestro juicio, vendría a reconocer implícitamente que el espíritu del art. 69 LH. es más amplio que su estricta letra, dado que el art. 65 del RH. 1861 (que desarrollaba el art. 69 de la LH. 1861) extendía su supuesto de hecho "*a todos los derechos anotables, y no sólo a los que tienen un plazo de 'reserva de rango'*". [Cva. ntra.] (Cfr.: LACRUZ - SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, edición 1968, Pág., 217, nota. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral* ..., Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 146)).

<sup>317</sup> LACRUZ - SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, edición 1968, Pág., 217, nota. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral* ..., Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 146).

<sup>318</sup> LACRUZ - SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, edición 1968, Pág., 217, nota. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral* ..., Tomo II. *Op. cit.*, Pág., 146).

En segundo lugar, resulta difícil compartir tales preferencias porque el artículo 69 LH., aún situado dentro del Título III de la Ley, relativo a las anotaciones preventivas, hace referencia precisamente a la *eficacia de las inscripciones en general que reúnen los requisitos del art. 34 LH., frente a derechos anotables en plazo no anotados*,<sup>319</sup> y a la "suspensión" de la *eficacia de tales inscripciones durante los plazos otorgados por la ley para obtener las anotaciones y anteponerse por medio de una especie de reserva de rango, como dicen ROCA SASTRE y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, a todo adquirente de bienes o derechos reales, aún reuniendo los requisitos del art. 34 LH.*<sup>320</sup> Luego no cabe alegar que el art. 69 se refiere *meramente* a un asiento secundario como la anotación preventiva.

En tercer lugar, porque el afirmar que el art. 23 LH. y 1473 CC. protegen al inmatriculante implica la existencia de una contradicción legal interna entre estos preceptos y el art. 69 LH., como ya hemos demostrado antes.

Ésta última, quizás LACRUZ ha intentado salvarla diciendo, por un lado, que el art. 69 LH. se refiere *sólo al caso de la propiedad inmatriculada*, porque las anotaciones preventivas, en principio, no abren folio registral y dependen de una inscripción antecedente y, por otro, *que la interpretación debe complementar el art. 69 "explicando que la ulterior anotación o inscripción no se admiten en perjuicio de ningún tercero protegido por el Registro: ni de los mencionados en el artículo 69, ni de los resultantes de la aplicación de los artículos 23 LH y 1473 CC."* "... El precepto previene la indemnidad de quien adquiere del titular inscrito. Y nada dice sobre la adquisición del inmatriculante: por tanto, no le retira la protección que le brindan la LH. y el CC..<sup>321</sup>

<sup>319</sup> Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho hipotecario*. Tomo II. *Op. Cit.*. Pág., 242., para quien el art. 69 LH. hace referencia al efecto negativo o enervante de la fe pública respecto de lo no registrado.

<sup>320</sup> Por ejemplo, del art. 69, en relación con los artículos 48 y 52, resulta que el legatario de cantidad puede anotar su crédito en perjuicio de tercero del art. 34, durante los 180 días siguientes a la muerte del testador. Cfr.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 664.

<sup>321</sup> LACRUZ - SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, edición 1968, Pág., 217, nota. (Citado por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral ...*, Tomo II. *Op. cit.*, Págs., 146 y 147).

Al primer argumento de LACRUZ BERDEJO hay que oponer que, si bien es cierto que las anotaciones preventivas, por lo general, dependen de una inscripción antecedente, y no abren, en principio, folio registral, el art. 20.3 LH. prevé que "cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna [ni del que otorga el acto a que se refiere el título que se pretende inscribir, ni de otra persona] el expresado derecho y *no se acredite fuera inscribible con arreglo al artículo 205*, [es decir, inmatriculable], los Registradores *harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta Ley* [precepto relativo a la anotación preventiva por defecto subsanable]". Cabe, por lo tanto, de acuerdo con este artículo 20.3 LH. que una anotación preventiva por defecto subsanable abra folio registral, hecho que obliga a afirmar que el art. 69 LH., *no se refiere sólo al caso de la propiedad inmatriculada*.<sup>322</sup>

En lo relativo al segundo argumento, no salva la contradicción entre los arts. 32 y 69 LH. y resulta desmentido, en cuanto a la protección que brindan al inmatriculante la LH. y el CC., por todos los argumentos que hemos ido recogiendo en puntos anteriores.

Quizás GARCÍA GARCÍA haya intentado también salvar la contradicción legal interna entre los artículos 32 y 69 LH. que genera la tesis dualista, por la vía de interpretar que el art. 69 LH. es un residuo histórico de la LH. de 1861, que en sus orígenes hacía referencia al art. 393 LH.<sup>323</sup> y al plazo de suspensión de 1 año previsto en el art. 34 LH. Se trataba de la anotación de *acciones de nulidad o resolución* en perjuicio de tercero durante un año, transcurrido el cual se restablecía el sistema del art. 34 LH.. Hoy en día el artículo 69, o es un precepto inútil, o se refiere *exclusivamente* a los 2 años de suspensión de la fe pública contemplados por los arts. 28 y 207 LH, durante los cuales cabe ejercitar con éxito las

<sup>322</sup> El art. 283 RH. también prevé otra anotación preventiva que abre folio registral, como es la de haberse incoado un expediente de dominio inmatriculador. Esta anotación se convierte en inscripción definitiva, una vez declarado justificado el dominio.

<sup>323</sup> Anotación preventiva de derechos anteriores a la implantación del Registro de la Propiedad, con efectos retroactivos a la fecha en que los actos anotados deberían surtir efecto con arreglo a la legislación anterior. (Art. 393 LH. 1861: "El que á la publicacion de esta Ley tuviere adquirido algun derecho de los que se pueden anotar preventivamente, segun lo dispuesto en los números 1º, 3º, 4º, 5º y 7º del art. 42, podrá pedir su anotacion en el plazo del año señalado en el art. 389, y la que obtuviere surtirá efecto desde la fecha en que deberia tenerlo el acto anotado con arreglo á la legislacion anterior.

Tambien podrá hacerse la anotacion despues de dicho plazo pero en ningun caso surtira efecto sino desde su fecha.")

acciones de nulidad y resolución. Pasado dicho plazo, ya no cabría practicar anotaciones de demanda de tales acciones, habiendo un tercero que hubiese adquirido del titular registral. Así pues, el art. 69 se referiría a un supuesto del art. 34 LH. y nada tendría que ver con el art. 32.

Tampoco nos convence esta explicación de GARCÍA GARCÍA porque autores más próximos a la Ley Hipotecaria de 1861, como GALINDO DE VERA y ESCOSURA Y ESCOSURA, interpretaron con relación a la LH. de 1869, que el art. 69 se refería a casos en que la Ley señalaba un término dentro del cual la persona que tenía un derecho, que por ser dudoso o por otro motivo cualquiera, no podía inscribirlo, podía, sin embargo, anotarlo en su favor. Así por ejemplo, *el legatario, el acreedor refaccionario, el que tenía un título inscribible que no podía inscribirse por contener algún defecto subsanable o por faltar la previa inscripción del derecho del transmitente ...* En general, todo el que tenga señalado un término para pedir anotación, el cual si no es aprovechado, podrá incluso originar que se pierda absolutamente el derecho que no se anotó o que se pierda la preferencia de prioridad para el mismo.<sup>324</sup>

Por otro lado, como ya comentamos en el Capítulo III, a juzgar por los números del artículo 42 de la LH. 1861 citados por el art. 393, las anotaciones que podían practicarse con efectos retroactivos y en perjuicio de tercero hipotecario, *no eran exclusivamente anotaciones de demanda de nulidad o resolución del derecho inscrito*, sino otra suerte de anotaciones. Podía anotar su derecho *el que demandaba en juicio la propiedad de un bien inmueble o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.* (Art. 42.1 LH. 1861). Por ejemplo, el que ejercitaba una acción personal dirigida a la transmisión de la propiedad (art. 3 RH. 1861), como si habiendo comprado una finca en documento privado y pagado su precio, el vendedor inscrito se niega a entregarla y a otorgar escritura pública de compraventa. Igualmente, *el que tenía entablada una acción real contradictoria del derecho inscrito*,<sup>325</sup> supuesto claramente relacionado con el art. 23 LH., si por hipótesis la demanda

<sup>324</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN Y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL . *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo II. 4ª Edición..., *Op. cit.*. Págs., 648 y 649.

<sup>325</sup> Cfr.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 663, nota 21; y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991. Pág., 221.

estaba fundada en un título no inscrito, cosa, por otro lado, lógica en el supuesto que contemplamos, ya que el art. 393 *estaba ubicado en el Título XIV de la LH. 1861, relativo a la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley.*

No creemos, pues, que el art. 69 LH. 1861, en relación con su art. 393, hiciese referencia exclusiva a supuestos de nulidad y resolución propios del art. 34 LH.. Además, como hemos visto, la doctrina no vinculaba el art. 69 a una situación meramente transitoria como era la contemplada en el art. 393 LH., sino que consideraba que aquel artículo era un precepto propio de la actuación de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, los artículos 28 y 207 LH., a los que haría referencia hoy el art. 69 LH., no establecen propiamente plazos ni para el ejercicio de las acciones de nulidad o resolución, *ni para su anotación* (mientras que el art. 69 habla en su literalidad de *anotaciones que tienen fijado un plazo legal para practicarse*). Luego parece que el art. 69 LH. no puede hacer referencia *exclusiva* a los artículos 28 y 207 LH..

En otro trabajo posterior a su *Derecho inmobiliario Registral o Hipotecario*, GARCÍA GARCÍA ha intentado salvar la contradicción legal interna que genera la tesis dualista por la vía de interpretar que el artículo 69 LH. no pretende determinar los *efectos* del título no inscrito ni anotado frente a tercero, como haría el artículo 32 LH., sino determinar los *requisitos para la práctica de la anotación*, esto es, necesidad de que se solicite en plazo la práctica de la anotación y cumplimiento del *tracto sucesivo*, so pena de que si la solicitud no se verifica en plazo, pueda surgir *un obstáculo registral a la práctica de la anotación*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 LH.. (No cumplirse el requisito de previa inscripción o anotación del derecho a nombre de la persona que otorga el acto cuya anotación se pretende). "Por tanto, la referencia a la constancia en el Registro de persona que aparezca previamente con facultad para transmitir ... es una reiteración de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley Hipotecaria, como requisito para la práctica de toda inscripción o anotación preventiva, y no una concreta referencia al requisito de *previa inscripción del art. 34 de la Ley Hipotecaria*,

sin que ello pueda alterar el equilibrio interpretativo del concepto y clases de terceros en el Título II relativo a << la forma y efectos de la *inscripción* >>". (cva. orig.)<sup>326</sup>

En nuestra opinión, esta interpretación del art. 69 LH. queda contradicha por los precedentes legislativos. El concordante artículo 65 RH. 1861, de ámbito más amplio que el art. 69 LH., como dijera GALINDO DE VERA y ESCOSURA y ESCOSURA,<sup>327</sup> hacía referencia expresa al art. 34 LH.:

"El que, pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo, no podrá después inscribirlo á su favor, en perjuicio de tercero que haya adquirido é inscrito el mismo derecho con las circunstancias contenidas en el art. 34 de la Ley."

Es decir, no ponía en relación el precepto (y el del concordante art. 69 LH.) con el art. 20 LH., sino con el artículo que con mayor amplitud expresaba los requisitos que debía reunir el tercero contemplado por la ley para su protección. Además, el artículo 65 RH. 1861 hacía una implícita alusión a la eficacia de la anotación preventiva como instrumento para eludir la inoperancia de derechos, títulos o situaciones jurídicas inmobiliarias no susceptibles de inscripción, *por el juego de la fe pública*,<sup>328</sup> e igualmente a la eficacia de tales derechos no inscritos frente a quien no reuniese las circunstancias del art. 34 LH..

Además de los precedentes legislativos, contradice la interpretación de GARCÍA GARCÍA la propia expresión del precepto (art. 69 LH. vigente), que hace referencia a no poder inscribir o anotar el derecho no anotado en plazo, *en perjuicio de tercero*; es decir, hace referencia a un efecto *sustantivo, sobre los derechos*, de la falta de anotación en plazo y de la inscripción practicada con ciertos requisitos, (Art. 69 LH. en relación con el art. 40.1 a) y 40 *in fine* LH.)

---

<sup>326</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH...*, Op. cit., Pág., 324.

<sup>327</sup> GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. Tomo II. 4ª Edición..., Op. cit., Pág., 650: "Aunque á primera vista parece que el art. 65 del Regl. es sólo una repetición del 69 de la Ley, nótanse, sin embargo, algunas diferencias. El 69 se refiere sólo á aquellos derechos que para anotarse tienen señalado un término al efecto; el 65 comprende todos los derechos anotables. ..."

<sup>328</sup> Cfr.: ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y ROCA - SASTRE MUNCUNILL, LUIS. *Derecho Hipotecario*. Tomo IV. 8ª Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1997. Págs., 287 y 298, a propósito de la razón de ser y eficacia de la anotación preventiva.

y no a la simple existencia de un *obstáculo formal* para la práctica de la anotación o inscripción del derecho no anotado en plazo que surge de los arts. 17 y 20 LH..

Finalmente, como señala MONSERRAT VALERO, el requisito del tracto sucesivo no significa que *en el momento de la adquisición* el transferente sea el titular registral, sino que *en el momento de la inscripción*, el transferente sea titular registral. Pero el art. 69 exige lo primero, *al igual que el art. 34 LH.* Por lo tanto, no hace referencia al requisito del tracto sucesivo.<sup>329</sup>

### **5. El art. 1473.2 CC. no es un argumento en favor de la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación, sino un resultado del juego de la fe pública registral y una aplicación del art. 23 (hoy 32) de la LH.**

Son muchos los autores que sostienen que el comentadísimo artículo 1473.2 CC.<sup>330</sup> es resultado del juego de la fe pública registral, o dicho de otro modo, que hay que conjugarlo con el sistema de publicidad registral de tipo germánico diseñado en la Ley Hipotecaria, singularmente con el art. 34 de la misma. Así podríamos citar, sin ánimo de exhaustividad, a MANRESA,<sup>331</sup> SCAEVOLA,<sup>332</sup> MORELL Y TERRY,<sup>333</sup> LÓPEZ DE HARO,<sup>334</sup> VALLET DE GOYTISOLO,<sup>335</sup> SANZ

<sup>329</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Pág., 519.

<sup>330</sup> Sobre este precepto del Código Civil, además de la bibliografía que citamos a continuación, puede verse: MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta a través de la Jurisprudencia Civil*. Editorial Montecorvo S.A.. Madrid, 1975. GARCÍA CANTERO, GABRIEL. *Comentario al art. 1473 CC*. En: MINISTERIO DE JUSTICIA. *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz - Ares Rodríguez, Luis Díez - Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993. Págs., 930 a 933. RAGEL SÁNCHEZ, LUIS - FELIPE. *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO. *La doble venta: una situación de pendencia*. 1ª Edición. José María Bosch. Barcelona, 2000. ESPÍN. *La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español*. RDP., 1945. Págs., 356 y ss. AZPIAZU, JOSÉ. *La tradición y el modo*. RCDI., 1951. Págs., 202 a 212. CANO TELLO. *El artículo 1473 del CC. y la inscripción registral*. RGD., 1965. CRISTÓBAL MONTES. *La adquisición registral a non domino*. RGLJ., 2º semestre 1966. Págs., 587 y ss. FONT BOIX. *La adquisición a non domino*. RCDI, 1967. Págs., 1607 y ss. ROCA - SASTRE MUNCUNILL. *Las adquisiciones a non domino*. AAMN., Tomo XIX, 1976. Págs., 263 y ss. LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. TS. 12 de mayo de 1983: *Doble venta de inmueble y doble inmatriculación en el Registro. Documento auténtico. Edificación en suelo ajeno. Poseedor de buena fe. Tercero hipotecario*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. N.º 3; septiembre - diciembre 1983; Ref. 63. Págs., 729 a 734. SABORIDO SÁNCHEZ, PALOMA. *Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario. (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996)*. ADC., Tomo L; fascículo III; julio - septiembre 1997. Págs., 1561 a 1574.

<sup>331</sup> MANRESA, en la 4ª Edición de sus *Comentarios* relaciona el art. 1473.2 con el principio consignado por

FERNÁNDEZ,<sup>336</sup> BORREL Y SOLER,<sup>337</sup> ROCA SASTRE, ROCA - SASTRE MUNCUNILL, (*Cfr., ut supra*, Capítulo II, epígrafe V.7) GIMÉNEZ ROIG,<sup>338</sup> JORDANO FRAGA,<sup>339</sup> RUBIO GARRIDO,<sup>340</sup> MONSERRAT VALERO,<sup>341</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,<sup>342</sup> PUIG SALELLAS<sup>343</sup> y PETIT SEGURA.<sup>344</sup>

Que esta interpretación que ofrecen los mencionados autores tiene un fundamento sólido, lo prueba principalmente el elemento histórico. Suele decirse que la doctrina del art. 1473 CC. proviene del Proyecto de CC. de 1851 (artículos 1396, 982 y 1859).<sup>345</sup> *Mas ya*

los autores de la Ley Hipotecaria en su Exposición de Motivos de que "los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero", principio del que dice que derivan los arts. 17, 23, 25 y 38.4º LH. 1861. En la sexta edición lo vuelve a relacionar con el mismo principio, del que dice que derivan los arts. 17 y 32 LH., y también con el art. 34. ("*Pero el precepto básico que hemos de tener en cuenta es el art. 34 de la Ley Hipotecaria ...*"). (cva. ntra.). (MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X. 4ª edición, corregida y aumentada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931. Págs., 156 y 157; 6ª Edición, revisada por José María Bloch, (Tomo X, Vol. 1º). Reus, S. A.. Madrid, 1969. Págs., 262 y 263).

<sup>332</sup> SCAEVOLA.. *Código civil comentado y concordado extensamente*. Edición de 1906. Tomo XXIII. Pág., 526. (Citado por VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas*. I. Temas generales. 2ª Edición ampliada. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1985. Pág., 457).

<sup>333</sup> MORELL Y TERRY. *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Tomo II, Pág., 616. (Citado por VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Ibidem.*).

<sup>334</sup> Citado por VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Ibidem.*

<sup>335</sup> *Ibidem.* Págs., 456 a 460.

<sup>336</sup> SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946. Pág., 260.

<sup>337</sup> Citado por RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. Pág., 93, nota 181.

<sup>338</sup> GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción. Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. Págs., 199 y 200.

<sup>339</sup> JORDANO FRAGA. *Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción*. Comentario a la STS. de 4 de marzo de 1988. ADC., 1989, Pág. 1361, nota 5. (Citado por MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Pág., 515, nota 51.)

<sup>340</sup> RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ..., *Op. cit.*, Págs., 91 a 96.

<sup>341</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista* ..., *Op. cit.*, Págs., 505 y ss.

<sup>342</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982. Pág., 601.

<sup>343</sup> PUIG SALELLAS, JOSÉ MARÍA. *La publicidad inmobiliaria*. XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971. En: JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES. *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos internacionales del Notariado latino*. Tomo III. Gráficas Condor, S.A.. Madrid, 1975. Págs., 504 y 505 y 507 y 508.

<sup>344</sup> PETIT SEGURA. *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*. Barcelona. 1990. Pág., 145. (Citado por RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ... *Op. cit.*, Pág., 93, nota 181.)

<sup>345</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., 1962. Nº 412 - 413. Págs., 589 y 590. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. ... Madrid, 1982. *Op. cit.*, Pág. 598. RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ..., *Op. cit.*, Pág., 59, nota 111. *Cfr.* : Base 1ª de la Ley de 11 de mayo de 1888 por la que se autoriza al Gobierno para publicar un



*vimos cómo el art. 1859 del dicho Proyecto tenía un claro sentido germánico en relación con los concordantes arts. 1862 y 1858.* Por otro lado, ya se ha demostrado en páginas anteriores que la LH. 1861 instauró un sistema germánico de protección registral. En este contexto, como ha dicho GIMÉNEZ ROIG,<sup>346</sup> *no se ha demostrado que el artículo 1473.2 del CC. implicase la reforma de la solución dada a la doble venta por el artículo 23 LH. de 1861, (Cfr., ut supra especialmente los textos de GÓMEZ DE LA SERNA), por lo que dicho artículo ha de ser interpretado conforme al espíritu germánico de la LH., máxime cuando el art. 608 CC. dejaba en vigor la legislación vigente sobre Registro de la Propiedad.*<sup>347 348</sup> Sobre la base, pues, de estas apreciaciones históricas cabe afirmar que el comprador al que pertenece la propiedad por haber sido el primero en inscribir su título adquisitivo, es el único sujeto protegido por el Registro de la Propiedad, el tercero registral que ha adquirido en las condiciones explicitadas por el art. 34 LH., en relación con los arts. 32 y 36 de la misma.

Si bien quizás podría haberse omitido el incluir en el art. 1473 el párrafo segundo, al ser éste una *mera aplicación* del artículo 23 LH. 1869, (hoy 32 LH. vigente y 606 CC.), como suele decir la doctrina,<sup>349</sup> sin embargo, la *razón de ser* del precepto bien pudo deberse a

Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma. (Gaceta de Madrid, de 22 de mayo de 1888).

<sup>346</sup> GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993. Págs., 205 y 218.

<sup>347</sup> *Ibidem*. También ALBALADEJO considera que el Código Civil quiso acoplarse a la Ley Hipotecaria en el artículo 1473. (Derecho Civil III -2º, Barcelona, 1977, pág. 88. Citado por MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista ...*, Op. cit., Pág., 514, nota 50). CASTÁN TOBEÑAS dice que el CC. formuló el art. 1473, queriendo recoger y armonizar el principio de la legislación de Partidas (la propiedad pertenece al comprador que sea primero en la posesión), con el amparo que la Ley Hipotecaria concedía a la inscripción y a los derechos de los terceros. (CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo cuarto. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. 15ª Edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1993. Págs., 118 y 119.). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, por su parte, afirma que "el Código civil ... respetó el sistema hipotecario de la LH. de 1861 y, por eso, la LH de 1909, dictada para concordar la LH. con las nuevas disposiciones del Código, sigue, en lo fundamental, con los ... [artículos 23, 27, 34, 36 y 38] ... incluso, con la disposición sobre doble venta del art. 38 de la LH. de 1861 (cfr. en la LH de 1909, art. 38 -3ª)". (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág., 550).

<sup>348</sup> Algunas sentencias, sin embargo, aplicaron el art. 1473.2 en un sentido latino. Así las SSTs de 14 de abril de 1898; 3 de junio de 1899; 17 de febrero de 1911; 24 de noviembre de 1914; 29 de noviembre de 1928; 21 de marzo de 1928 y 14 de marzo de 1936. También lo hicieron las Resoluciones de la DGRN. de 5 de septiembre de 1893 y 16 de abril de 1910. (Citadas por RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ... Op. cit., Pág., 59, nota 112).

<sup>349</sup> Cfr. : LUZURIAGA. *Comentario a los artículos 1858, 1859, 1860 y 1861 Proyecto de 1851*. (GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo IV. Vol. 2º.

querer poner de relieve, como ya lo había hecho la Exposición de Motivos de la LH. 1861 y su artículo 23,<sup>350</sup> la alteración que en el régimen tradicional de adquisición de la propiedad por título y modo introducía la institución registral, pues la propiedad adquirida por la tradición, que antes era definitiva (frente a un *ius ad rem* de un comprador anterior, desconocido), *ya no lo sería* si surgiese otro adquirente, que inscribiese primero "*su título adquisitivo de*

---

Imprenta de la Sociedad Tipográfica - Editorial. Madrid, 1852. Pág., 225. Y citando a AMORÓS GUARDIOLA, CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, 1994. N.º 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Pág., 2226.

Se aparta de la consideración del art. 1473.2 CC. como una mera aplicación de los artículos 606 CC. y 32 LH., PAU PEDRÓN. Este autor, que se manifiesta monista, sostiene una interpretación del art. 1473.2 CC. aislada de la problemática de las relaciones entre los artículos 32 y 34 LH., partiendo de la consideración de que el supuesto de hecho del precepto es distinto del artículo 606 CC..

En su opinión, el art. 1473.2, por su ubicación dentro del Libro IV del Código Civil, relativo a las obligaciones y contratos, hace referencia a supuestos de *doble venta*, pero no a los de *doble disposición* sobre una misma cosa originariamente propia (es decir, dobles o múltiples transmisiones de posesión real o ficticia) subsumibles en el art. 606 CC. (32 LH.). En otras palabras, el art. 1473.2 CC. hace referencia a supuestos en los que un mismo vendedor realiza un segundo contrato de compraventa, cuando todavía no ha sido consumado el primero por la entrega de la cosa y en los que el comprador que devenga propietario, adquirirá a domino. En este supuesto particular, entiende PAU, que la inscripción es constitutiva del dominio. El Código relega la tradición instrumental en favor del segundo o posterior comprador, como medio para que éste adquiera el dominio frente al primer comprador y exige la inscripción en el Registro (bien de inmatriculación, bien inscripción posterior). "En el caso de la doble venta, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria - el art. 1473 CC. no deroga, siguiera circunstancialmente, el art. 1462 -, sino que se niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en el caso de doble venta." Las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar la incertidumbre de quién sea el propietario y el legislador exige una forma más eficaz de publicidad: la inscripción en el Registro.

Caso diferente es el de doble disposición de una misma cosa por quien originariamente era su dueño. Si hubo traditio instrumental en favor del primer comprador, o cualquier otra forma de tradición, éste devino ya propietario, por lo que *hemos abandonado el terreno de la doble venta* y del 1473.2. "... Celebrado un primer contrato seguido de tradición, no hay razón para enervar su eficacia por la celebración de otro contrato posterior sobre el mismo inmueble, ni extender el ámbito de un problema - la doble venta - a un supuesto que desde el primer momento está resuelto por el legislador", en favor del primer adquirente, verdadero propietario. El comprador ha devenido dueño. Para que un segundo comprador pudiera adquirir *a non domino*, a raíz de otra compraventa realizada por el originario dueño, sería preciso "una previa situación registral concorde". Es decir, tratarse de un tercero hipotecario, a los que hace referencia el art. 32 LH., y que debería reunir los cuatro requisitos del art. 34 LH.. "El art. 1473 no es, por tanto, una aplicación concreta del art. 606, como suele afirmarse, sino una regla distinta". (PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 5 de Julio de 1991. Págs., 3368 a 3370; PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del C.c.. Op. cit.* Pág., 1536.)

Si bien no falta razón a PAU PEDRÓN en muchas de sus afirmaciones, discrepamos de su interpretación en cuanto al supuesto de hecho del art. 1473.2 CC y en cuanto al carácter constitutivo de la inscripción en los supuestos de doble compraventa. *Vid., ut infra*, epígrafe III.5.1.

<sup>350</sup> Cfr.: MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Pág., 518.

*propiedad*" en el Registro, gozando de los requisitos para obtener la protección de la LH.. En tal caso, la propiedad sería adquirida definitivamente por éste.<sup>351</sup>

Es éste el motivo por el que el art. 1473.2 CC. *contempla verdaderos supuestos de venta de cosa ajena más que de doble venta, en el sentido clásico y lógico del término.*<sup>352</sup>

Es clásica ya la diferencia que establece la doctrina entre doble venta y venta de cosa ajena. Así dice GARCÍA CANTERO que el supuesto de hecho del art. 1473 CC. viene configurado por "una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas *pero no consumadas*, permaneciendo idéntico el objeto del negocio de enajenación" y que *los distintos contratos han de reunir los requisitos del 1261 CC. y deben realizarse antes de que alguno haya alcanzado su consumación, pues de lo contrario, el supuesto deberá regularse por las reglas de la venta de cosa ajena.*<sup>353</sup>

También la Jurisprudencia (STS. 8 de marzo de 1993 [RJA. 1993/2052] y 25 de marzo de 1994 [RJA. 1994/2535]) ha sentado esta distinción. Así la STS. de 25 de julio de 1996. (RJA. 1996/5572) afirma que " ... es reiterada doctrina de esta Sala la de que la tipificación de la doble venta, contemplada en el citado precepto, [art. 1473 CC.] requiere para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto

<sup>351</sup> Cfr. : VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas*. I. ... *Op. cit.*, Pág., 459. DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., 1970. Nº 478. Pág., 717. donde afirma que el art. 1473.2 es una excepción a la regla general que sienta la teoría del título y el modo en el sentido de que *puede resultar que el primero en la tradición no sea el dueño*. [Situación que no se daba en la legislación de Partidas, salvo en los casos de usucapión].

<sup>352</sup> Cfr. : GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Tráfico jurídico, compraventa, ...*, *Op. cit.*, Págs., 197 a 199. RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ..., *Op. cit.*, Págs., 22, 28, 50 a 53

<sup>353</sup> GARCÍA CANTERO, GABRIEL. *Comentario al art. 1473 CC.*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo*. Tomo XIX. Artículos 1445 a 1541. Edersa. Madrid, 1980. Págs., 248 y 249. En el mismo sentido, ALBALADEJO, quien afirma: "Las varias ventas han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida por un comprador, pues a lo que se tiende es a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende a alguien que la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la *venta de cosa ajena* y no por las de la *venta múltiple*." (SSTS. 12 de abril de 1957, 19 de febrero de 1970 y 17 de noviembre de 1992). (ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2º. *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. 9ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994. Pág., 78).

del artículo 1473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (Sentencias de 23 junio 1951 [RJA. 1951\1882], 23 mayo 1955 [RJA. 1955\1708], 7 abril 1971 [RJA. 1971\2272], 30 junio 1986 [RJA. 1986/ 4403] y 11 abril y 17 noviembre 1992 [RJA 1992\3096 y RJA 1992\9234]), ....<sup>354</sup>

Ciertamente no es lo mismo una doble venta inmobiliaria, que se resuelve por la adquisición de la posesión con buena fe (Art. 1473.3. I CC.), que una *doble disposición por título de compraventa* de una misma cosa, por quien dejó de ser dueño de ella, a causa de la disposición primera (en que hubo tradición, por lo menos, instrumental); caso que propiamente hablando es de *venta de cosa ajena*, y, en tal sentido, no parece muy acertado que el Código Civil haya incluido tal supuesto en el art. 1473.2, en el ámbito de la *doble venta* y del *contrato* de compraventa. Sin embargo, *es indudable que lo ha hecho* (el art. 1473.2 hace referencia a una *colisión* entre *adquirentes*, lo que, siguiendo a SANZ FERNÁNDEZ, revela claramente que existe un primer contrato de compraventa consumado),<sup>355</sup> debido a la *ratio* que explicamos antes: manifestar que tras la LH. (art. 1537 CC.), la posesión puede no determinar adquisiciones definitivas. Por ello no resultan acertadas las afirmaciones, ya sean de la doctrina, ya del Tribunal Supremo,<sup>356</sup> de que celebrada la segunda venta tras la consumación de la primera, el supuesto no se rige por el art. 1473.2 CC., sino por las reglas de la venta de cosa ajena. Como dice RUBIO GARRIDO, la afirmación de que el régimen jurídico de la venta de cosa ajena es incompatible con el del artículo 1473 es una afirmación un tanto gratuita, ya que ningún precepto de la regulación del contrato de compraventa se ocupa expresamente de la venta de cosa ajena. Es más, en vez de existir tal incompatibilidad de regímenes, "el régimen jurídico ... que procede asignar a una venta de cosa ajena es, en muchas ocasiones, completamente armónico con la regla jurídica proclamada por el art. 1473 CC. [en relación con el art. 34 LH.]. Y, lo que es

<sup>354</sup> Cfr.: CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. *Principio de legitimación, protección registral del tercer adquirente inscrito y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994*. En: CLEMENTE MEORO, MARIO. (Coord.) "Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello". Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Pág., 112.

<sup>355</sup> Que el art. 1473.2 se refiere a los casos de doble disposición por el propietario originario se desprende también de su precedente el art. 1859 del Proyecto de Código Civil de 1851.

<sup>356</sup> Cuya Jurisprudencia en relación con el art. 1473 CC. es un tanto confusa. (Cfr.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág., 547).

más, ... esta última regla jurídica [del art. 1473.2], en no pocas ocasiones, *presupone justamente* que una de las compraventas que entran en conflicto *sea de cosa ajena*.<sup>357</sup>

En conclusión, las dobles disposiciones por título de compraventa o ventas de cosa que perteneció en su día al vendedor, se rigen por el art. 1473.2 CC., interpretado en coordinación con los preceptos de la LH. relativos a los efectos de la inscripción. (Art. 1537 y 608 CC.). El denominar a estos supuestos como *doble venta* constituye una imprecisión terminológica que arranca de la LH. 1861. En su afán por manifestar el cambio introducido en la legislación, el art. 38.4 LH. 1861 señalaba que no se anularían ni rescindirían los contratos en perjuicio de tercero que hubiese inscrito *su derecho*, por la *doble venta* [realmente, disposición] de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita.

### 5.1. Interpretación sistemática del artículo 1473.2 CC. en relación con los artículos 32, 34, 40 y 69 de la Ley Hipotecaria.

Partiendo de las premisas sentadas anteriormente, es preciso afirmar que el artículo 1473.2 CC., debe ser puesto en relación con los artículos 32, 34, 40 y 69 LH. (arts. 608 y 1537 CC.),<sup>358</sup> tal y como los hemos analizado e interpretado en epígrafes previos.

Por consiguiente, en caso de doble disposición por título oneroso de compraventa,<sup>359</sup> prevalecerá el título de dominio del segundo comprador que primero inscriba, si reúne los

<sup>357</sup> RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ..., *Op. cit.*, Pág., 22.

<sup>358</sup> Cfr.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 613. Dice MANRESA que "la idea del Código en los artículos 605 y 608 es solamente hacer constar que ... existe ... [un] ... Registro donde se anotan todos los actos que afectan a la propiedad ... y que respecto a este Registro, hay una ley, *cuyos preceptos son los que deben aplicarse*." (MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentario a los arts. 605 a 608 CC.*. En: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IV. 5ª edición, corregida y aumentada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931. Pág., 757 y 7ª edición, revisada por José María Pou de Avilés. Reus, S.A.. Madrid, 1972, Pág., 1045.)

<sup>359</sup> Aunque PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y PUIG BRUTAU afirman que el art. 1473.2 del CC. sólo se refiere a los casos de doble disposición a título oneroso, (PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Compendio de Derecho Civil*. Vol. III. Derechos reales. Derecho hipotecario. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1989. Pág., 551. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II ... 2001. Pág., 615) nosotros precisamos que sólo se refiere a los casos de doble disposición *del dominio por título de compraventa*. Otros casos análogos que puedan plantearse, dobles disposiciones del dominio por otros títulos onerosos, colisiones entre títulos constitutivos de derechos reales limitados, ... se subsumen, en nuestra opinión, en el más amplio artículo 32 LH., en relación con los artículos 34, 40 y 69 LH., si bien hay quien propugna una extensión del ámbito de aplicación del art. 1473.2 CC. por analogía. (Cfr.: RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición*. ..., *Op. cit.*, Págs., 187 a 208) y quien afirma que el Tribunal Supremo ha extendido el supuesto del 1473 a todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso. STS. de 17 de diciembre de 1984. (RODRÍGUEZ

requisitos señalados en el art. 34 LH.. (STS. de 6 de diciembre de 1962, 16 de febrero de 1981 y 10 de febrero de 1983)<sup>360</sup>. Diferentemente, si dicho segundo comprador de cosa de ajena pertenencia, es un mero inmatriculante, el negocio jurídico dispositivo no inscrito efectuado en favor de un comprador anterior, le perjudicará con arreglo a la legislación civil. (Art. 40.1 a) LH. en relación con el art. 40 *in fine*, *a contrario sensu* y con el art. 69 LH. *a contrario sensu*).<sup>361</sup> A este respecto dice RUBIO GARRIDO que como la inmatriculación no puede servir de base a una adquisición *a non domino* "el otro comprador no inmatriculante podrá perseguir la cancelación del asiento obrado y su sustitución por el suyo, mediante la plena prueba de su título y de que él fue el único que entró en posesión de la finca vendida (o que fue el primero en hacerlo) (*y este comprador habría probado, justamente, su adquisición a domino, en virtud de lo establecido por los artículos 609, 1095.2 y 1473.3 I. CC.*)."<sup>362</sup>

Si no hubiese habido tradición en favor del primer comprador, y la hubiese habido en favor del segundo, que inmatricula, éste adquiere definitivamente la propiedad, pero ello, no por obra del art. 1473.2, como dice PAU, sino por aplicación del art. 1473.3. I El inmatriculante adquiere definitivamente, *porque fue él el primero en recibir la posesión, por lo menos instrumental, con buena fe.*<sup>363</sup>

Parece, pues, que el art. 1473.2 CC. sólo puede referirse al supuesto de fincas inmatriculadas, y que el art. 1473.3 CC. se refiere a los supuestos de finca no inmatriculada, o que no está inscrita en favor del transferente,<sup>364</sup> (por ejemplo, el tracto sucesivo se ha roto), o al caso de finca inmatriculada cuando ninguno de los compradores logre la inscripción por no

---

OTERO, LINO. *Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva*. RCDI, 1996. Nº 635, Pág., 1564).

<sup>360</sup> Citadas por RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *Ibidem*. Pág., 94, nota 182. Dice este autor que el argumento de contrario de que si la Ley Hipotecaria "articula en nuestros días un sistema de publicidad con eficacia positiva, siendo ello << lo más >> que se despacha en tutela del adquirente", también debería dispensar << lo menos >> que sería la tutela apoyada en el sistema de publicidad de eficacia meramente negativa, es falaz, porque parte de la premisa equivocada de que entre ambos sistemas hay una relación cuantitativa cuando la diferencia entre uno y otro es de cualidad, diferencia que les contrapone, de modo que "antes que subsumirse o integrarse, tienden a repelerse y excluirse". (*Ibidem* Pág. 94).

<sup>361</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero ...*, *Op. cit.*, Pág., 717. RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición. ...*, *Op. cit.*, Págs., 94 a 96.

<sup>362</sup> RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición. ...*, *Op. cit.*, Pág., 97.

<sup>363</sup> ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. 2º ... Op. cit.*, Págs., 81 y 85.

MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Nota 51, Pág. 514.

<sup>364</sup> VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas. Tomo I. ...*, *Op. cit.*, Pág., 458.

haberlo solicitado o no tener título formal apto para la inscripción.<sup>365</sup> *Más genéricamente podría decirse que se refiere a los casos en que no hay inscripción que reúna los requisitos del art. 34 LH., como dice RUBIO GARRIDO<sup>366</sup> y parece desprenderse del último párrafo del fundamento de derecho décimo de la STS. de 4 de marzo de 1988. (RJA. 1988/1554).*

## 6. Otros argumentos de orden lógico y sistemático en defensa de la tesis monista.

A los argumentos vistos hasta el momento, pueden aún añadirse otros, de no menor peso, que confirmarían la veracidad de la tesis monista, en el sentido de ser acorde con la *mens legislatoris*.

- ROCA SASTRE destaca el argumento basado en el art. 36 LH.. "Contra la tesis dualista - dice - puede esgrimirse también un argumento extraído del artículo 36.1 de la Ley Hipotecaria, el cual, al regular la relación de la fe pública con la usucapición *contra tabulas*, expresa que << frente a titulares inscritos que tengan la condición de *terceros con arreglo al artículo 34*, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva ... >>, etc., ante cuyas palabras ocurre preguntar a los que distinguen tan radicalmente entre el tercero de este artículo y el del artículo 32: *¿Es que el artículo 36 sólo es aplicable al tercero del artículo 34 y no al del artículo 32? Contestar afirmativamente sería absurdo, pues supondría un tratamiento diferenciado inadmisibile.*" (Cva. ntra.)<sup>367</sup>
- Además de este claro argumento extraído del art. 36 LH., puede aportarse otro resultante de relacionar los artículos 31 y 32 LH..

Al decir el art. 32 LH. que "los títulos ... que *no estén debidamente* inscritos o anotados en el Registro ..., *no perjudican a tercero*", está afirmando dos cosas: por un lado, que el título no inscrito (o no anotado) no perjudica a tercero, y por otro, *que el título inscrito (o*

<sup>365</sup> GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Tráfico jurídico, compraventa, ... Op. cit.*, Págs., 199 y 200.

<sup>366</sup> RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición. ... Op. cit.*, Pág., 106.

<sup>367</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma.* RCDI., 1965. Nº 446 - 447. Pág., 800.

*anotado) indebidamente no perjudica a tercero, ya que es un título que "no está debidamente inscrito".*

Ahora bien, como explica NÚÑEZ LAGOS, la referencia del art. 32 LH. a que el título esté *debidamente inscrito*, para poder perjudicar a tercero, abarca dos presupuestos: que el título esté sujeto a inscripción *y que en su inscripción se hayan observado las prescripciones formales de la Ley Hipotecaria, por lo que resultarán indebidamente inscritos [ y no perjudicarán a tercero ] los títulos inscritos con quebrantamiento de las formalidades exigidas por la Ley, lo que da lugar a la nulidad formal del asiento. Así los títulos inscritos con omisión o inexactitud substancial de las circunstancias que deben hacerse constar en la inscripción (art. 30 LH.), anotación preventiva (art. 75 LH.) o cancelación (art. 103, in fine, LH.).*<sup>368</sup>

Tales títulos que *no están debidamente inscritos*, y cuyo asiento es nulo, no perjudican a tercero con arreglo al art. 32 LH.. Pero el art. 31 LH., que expresamente se ocupa de la nulidad formal de las inscripciones (en relación con el art. 30 LH.), señala que tal nulidad *no perjudicará el derecho anteriormente adquirido por un tercero protegido con arreglo al artículo 34. Luego, por fuerza, de acuerdo con lo que hemos explicado, al afirmar el art. 32 LH. que el título inscrito indebidamente (cuyo asiento es nulo) no perjudica a tercero, tiene que hacer referencia al mismo tercero a que se refiere el art. 31 LH., al tercero del art. 34. (Art. 32 en relación con los arts. 30 y 31 LH..).*

- La legislación especial no hace salvedad alguna para proteger a un posible tercero autónomo del art. 32 LH.. Se trata de un argumento formulado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Explica PEÑA que en la legislación especial se hacen *salvedades para proteger al tercero del art. 34 LH.*, pero *en ningún caso se habla del tercero del art. 32*, por lo que dicha legislación desconoce que pueda haber en el sistema hipotecario español un tercero protegido de modo autónomo por el art. 32 LH.. Así los arts. 14.2 y 29 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos;<sup>369</sup> 233.1 y 234.1.c) de la LRDA.<sup>370</sup>; art.

<sup>368</sup> Cfr. : NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Fe pública especial*. RDN., Abril - Junio 1958. Pág., 58.

<sup>369</sup> Art. 14 LAU. 29/1994 de 24 de noviembre:



11.2 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 <sup>371</sup> y Disposición transitoria 1ª.2 de la Ley

"El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, *salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años."

Art. 29 LAU 29/1994, de 24 de noviembre: "El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, *salvo que concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*."

<sup>370</sup> Art. 233.1 LRDA: "A salvo lo especialmente dispuesto en esta Ley, una vez inscritas las fincas de reemplazo, los antiguos asientos relativos a una parcela de procedencia sólo podrán invocarse por el titular y causahabiente de las situaciones registrales frente a quien figuró en las Bases como titular de la parcela, o frente a los causahabientes de éste que no gocen de la fe pública registral. En tales casos no podrán oponerse las nuevas inscripciones."

Art. 234.1.c): "El Instituto responderá directamente frente a los titulares inscritos o sus causahabientes del importe del dominio u otros derechos reales y de los créditos y cantidades aseguradas en la medida en que hubieren de realizarse sobre las parcelas gravadas y sea el valor de éstas suficiente para cubrirlos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: ...

c) *Que no pueda efectuarse la traslación sobre las correspondientes fincas de reemplazo por haber éstas pasado a tercero que reúna los requisitos establecidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria o por haber sido el propietario compensado en metálico, conforme a lo dispuesto por el art. 240, o aunque pueda efectuarse la traslación, si afectando la situación registral originariamente a una parcela entera, ésta se considera dividida entre diversos participantes a efectos de la concentración parcelaria, con preterición de la situación registral.*"

<sup>371</sup> Art. 11.2 Ley de 8 de junio de 1957, de Montes:

" Declarado un monte en estado de deslinde y con vista de los títulos unidos al expediente que constituyan prueba del derecho de dominio a favor de la Entidad pública y de los documentos presentados durante la tramitación del expediente por los titulares de fincas relacionadas con el monte objeto del mismo, la Administración Forestal solicitará del Registro competente que se extienda en dichas fincas anotación preventiva que acredite la existencia del deslinde. Si las fincas no estuvieren inscritas, la anotación preventiva se tomará, además, por falta de previa inscripción a favor de su dueño. Estas anotaciones preventivas acreditativas del expediente del deslinde inicial, producirán los mismos efectos que las de demanda.

La resolución definitiva del expediente es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado. *Pero no será título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*

Las anotaciones preventivas tomadas durante el expediente de deslinde en fincas que se consideren incluidas en el monte deslindado, caducarán a los cuatro años de la fecha de la resolución por la que se dé por finalizado el deslinde que las motivó. Si durante ese plazo de vigencia, la Administración Forestal demandare al titular de la finca a que las anotaciones afecten y se anotare preventivamente la demanda, esta anotación surtirá efectos respecto a tercero desde la fecha de la anotación de deslinde practicada con anterioridad."

En la nueva Ley de Montes, (Ley 43/2003, de 21 de noviembre), derogatoria de la de 1957, en el Cap. III del Título II (Recuperación posesoria y deslinde los montes públicos) se contiene el siguiente precepto con el siguiente tenor literal:

22/1988 de Costas en relación con el art. 6.3 de la derogada Ley de Costas de 1969.<sup>372</sup>

El vigente art. 224 del Texto refundido de la Ley del Suelo 1/1992, de 26 de junio, - continúa PEÑA - daría una falsa impresión de ser un argumento en favor de la tesis dualista. Sin embargo, en el expediente expropiatorio a que hace referencia, la Administración adquiere la finca o fincas comprendidas en el expediente *libres de cargas (o sea de posibles derechos reales que otros terceros tuviesen sobre las mismas), antes de practicarse en el Registro la inscripción del expediente*, una vez levantada el acta o actas de ocupación y habiéndose cumplido las publicaciones y garantías establecidas por la ley. El dominio o los derechos reales *que no fueron inscritos* pierden su fuerza de derecho real frente a la expropiación *inscrita* (aunque se trate de una primera inscripción inmatriculatoria), *pero no por efecto de la inscripción, sino por efecto de la propia expropiación, que asigna una propiedad ex novo, libre de cargas*. El citado artículo no es, pues, un argumento en favor de la tesis dualista.

El Art. 224.1 Real Decreto Legislativo 1/1992 señala que "Finalizado el expediente expropiatorio, y *una vez levantada el acta o actas de ocupación* con los requisitos previstos en la legislación general de expropiación forzosa, *se entenderá que la Administración ha adquirido libre de cargas, la finca o fincas comprendidas en el expediente*", sin perjuicio de las acciones personales que los propietarios o titulares que

---

Art. 21.8: "La resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado. Esta resolución no será título suficiente *para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*"

<sup>372</sup> Disposición transitoria 1ª.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas: "Los terrenos de la zona marítimo - terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar amparados por los títulos a que se refiere el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la disposición transitoria cuarta. Asimismo, tendrán preferencia, durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos. Todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquéllos puedan ejercitar en defensa de sus derechos."

El art. 6.3 de la Ley de Costas 26 abril 1969 señalaba: "La resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva. La atribución de posesión, consecuencia del deslinde, *no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes."

aparezcan, tengan para percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía. Éstas no podrán ejercitarse contra la Administración si el justiprecio se hubiese pagado a quien apareciese en el expediente como titular registral.<sup>373</sup>

- La tesis dualista no explica suficientemente por qué siendo los artículos 606 CC. (32 LH) y 34 LH, *aplicaciones de un mismo principio de inoponibilidad*, han de exigirse distintos requisitos al tercero, en uno y otro.

Esta objeción es obra de PAU PEDRÓN que viene a sostener que el art. 606 CC. (equivalente al actual art. 32 LH., y al antiguo art. 23), contiene un principio de inoponibilidad o integridad, común a todos los "instrumentos jurídicos aparienciales", consistente en que lo que no consta en el dicho instrumento (Registro de la Propiedad), no puede afectar o perjudicar (es inoponible) al tercero, es decir, *a quien no ha contribuido a formar su contenido*, existiendo para éste sólo lo que conste en el dicho Registro (principio de integridad). El citado principio estaría *completado en el art. 34 LH., que extiende la inoponibilidad a las causas que no figuren claramente en el Registro y determinen la nulidad o resolución del derecho del transmitente*. La sencillez de esta regla habría hecho necesarias ciertas precisiones doctrinales y jurisprudenciales que "han ido perfilando la situación del tercero beneficiado por esta integridad". Ha de adquirir a título oneroso, un derecho real, actuando con buena fe e inscribiendo tal adquisición. Lo que la doctrina ha discutido es si al tercero le es exigible, para su protección, que exista en el Registro "una previa situación concordante con su adquisición".<sup>374</sup>

A juicio de PAU PEDRÓN, "únicamente cabe hablar de integridad cuando existe algún contenido registral - aunque ese contenido pueda ser insuficiente. Por otro lado no habría buena fe por parte del adquirente si el contenido del Registro no fuese congruente con la adquisición del tercero. "... El tercero ha de adquirir, por tanto, del titular registral".<sup>375</sup>

Argumenta PAU en favor de esta tesis, entre otras cosas:

<sup>373</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales...*, Tomo II. 3ª Edición..., *Op. cit.* Págs., 553 y 554. *Derechos Reales...*, Tomo II. 4ª Edición..., *Op. cit.* Pág., 618.

<sup>374</sup> PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del C.c. ...*, *Op. cit.* Pág., 1532 y 1533.

<sup>375</sup> *Ibidem*. Pág., 1533.

1. Que "las adquisiciones *a non domino* se producen, en todos los casos, como una consecuencia de la seguridad del tráfico que dispensa el ordenamiento. Y la seguridad del tráfico deriva siempre de la publicidad: publicidad posesoria o publicidad registral. La publicidad supone una selección, una reducción de datos. Esta selección o reducción se hace en beneficio del tercero: el tráfico exige que la persona que contrata no tenga que investigar la validez de los títulos de la otra parte contratante, y de ahí que se concrete, a través de la publicidad, la que se ha llamado la « información relevante ». Se trata de una dispensa de la carga de averiguación: el que contrata puede confiar en esos pocos datos que le facilita la publicidad".
2. "... Carece de fundamento que una inscripción aislada - una inmatriculación del inmueble en el Registro de la Propiedad - pueda consolidar la adquisición del adquirente *a non domino* y hacer ineficaz la adquisición del verdadero adquirente, del adquirente *a domino*". Además condicionando la protección del tercero a que el inmueble figure ya inscrito a favor del transferente, se estimula más la registración que con la pretendida tesis dualista pues se exigen dos inscripciones, la del adquirente y la del transmitente. Es decir, el tercer adquirente será el primer interesado en que el derecho de su transmitente conste en el Registro para poder hacer uso, en su caso, de las defensas y seguridades que le proporciona el sistema de la publicidad registral.
3. Que "... la posición dualista no explica suficientemente por qué tratándose tanto del art. 606 C. c (art. 32 LH) como del art. 34 LH, de aplicaciones concretas de un mismo principio de inoponibilidad, los requisitos de uno y otro han de ser distintos. El título del que dispone doblemente *no tiene que estar inscrito*, para que el título del adquirente *a domino*, no inscrito, *no perjudique al adquirente a non domino*. Y sin embargo, *el título del que ha adquirido sujeto o afectado por una causa*

***de nulidad o resolución tiene que estar inscrito, para que las causas de nulidad o resolución no inscritas, no perjudiquen al adquirente a non domino" (Cva. y negr. ntras.)***

4. La Ley Hipotecaria de 1861, tras haber aludido al tercero en su art. 23, da una definición de tercero en el art. 27 afirmando que es tal el que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito, luego era necesario que existiera un acto o contrato inscrito para hablar de tercero protegido. No basta "con que el tercero sea ajeno a un acto o contrato anterior no inscrito".<sup>376</sup>
5. Del art. 69 y 40 *in fine* LH. se desprende claramente que es necesario para la protección del tercero que éste haya adquirido de un titular registral anterior.<sup>377</sup>

PAU PEDRÓN admitiría, pues, la existencia de un principio de inoponibilidad en el actual sistema registral inmobiliario español del que se serían aplicación tanto el art. 32 como el 34 LH., por lo que el tercero protegido por dicho principio, debería reunir siempre unos mismos requisitos. De ahí que sostenga que la tesis dualista, paladín del principio de inoponibilidad, no justifica suficientemente la diferenciación que establece entre el art. 32 y 34 LH..

Como puede comprobarse, dentro del propio campo monista las opiniones sobre las relaciones entre los artículos 32 y 34 de la LH. no son uniformes. Aunque todos convienen en entender que el tercero de ambos artículos es único, y que se trata siempre de un adquirente de un titular registral previo, sin embargo se difiere a la hora de otorgar primacía al art. 34 sobre el 32 (ROCA, según vimos); o bien considerar que el artículo 34 es una aplicación del art. 32 "de raigambre prusiana desde 1861" (GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva*, ..., *Op. cit.* Pág., 218); o bien considerar que ambos son aplicación de un mismo principio de inoponibilidad (PAU, en

<sup>376</sup> A continuación, PAU añade un párrafo de difícil comprensión: "Y ha de añadirse que *el art. 23 LH. 1861 no empleaba - a diferencia del art. 606 CC. o 32 LH actual - la palabra tercero, (sic)*, lo que revela más claramente que la definición del art. 27 estaba destinada a desvelar la expresión contenida en el art. 23".

<sup>377</sup> PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del C.c.* ..., *Op. cit.* Págs., 1533 y 1534.

el sentido arriba explicado). Pensamos que la tesis de PAU de existencia de un principio de inoponibilidad del que son aplicación los artículos 34 y 32, es apropiada más que para explicar el Texto refundido vigente, para explicar el texto originario de la Ley Hipotecaria de 1861. Entonces no estaba todavía configurado el principio de fe pública registral *con la claridad con la que se le proclama hoy en el art. 34 (formulación positiva, afirmando directamente el mantenimiento en la adquisición del tercero)* y se hablaba preferentemente de un *principio de publicidad absoluta*, como ha explicado ROCA SASTRE<sup>378</sup> (quizás equivalente al principio de inoponibilidad o integridad de PAU): *todo lo inscribible no inscrito no puede perjudicar a tercero, ya se trate de títulos, acciones, condiciones ...* Como de dicho principio, que se veía especialmente reflejado en el art. 23 LH., *se hacía derivar toda la ley, incluso el artículo 34*,<sup>379</sup> no era posible que se exigiese al tercero, en unos casos, unos requisitos, y en otros casos, otros.

- Un argumento más en favor del monismo hipotecario consiste en demostrar las contradicciones internas en que incurre la tesis dualista. Así, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que la tesis dualista se encuentra ante la disyuntiva de: o entender que el tercer adquirente de un derecho inscrito, y que a su vez inscribe, es protegido por el art. 32 LH. (aunque no reúna los requisitos de buena fe y título oneroso), *frente a títulos no inscritos que determinen la resolución o anulación del derecho del otorgante*, [por ejemplo, protección del donatario que adquiere una finca de un heredero aparente, frente a un heredero real] **lo cual entraría en contradicción directa con el art. 34 LH**, o bien reconocer que, según su interpretación, **"la Ley es más exigente *justamente cuando el adquirente confía en la regularidad del Registro*", que cuando no confía en la misma, lo cual es un contrasentido.**<sup>380</sup> (Cva. y negr. ntras.) Es decir, con arreglo a la tesis dualista tal y como hemos visto que la formula GARCÍA GARCÍA, al que, por ejemplo, adquiere de un heredero aparente, *para ser protegido frente al título no inscrito* (que en este caso determina la nulidad del derecho de su transmitente) *y no ser perjudicado por el*

<sup>378</sup> Vid.: *ut supra*, Capítulo III, epígrafe

<sup>379</sup> Cfr.: Exposición de Motivos de la LH. 1861. Vid.: GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada ...*, Tomo I. Op. cit.. Págs., 622, 636, 673 y 674.

<sup>380</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales ...*, Tomo II. 3ª Edición..., Op. cit.. Pág., 553.

*mismo*, habiendo confiado en la regularidad del registro, se le exigen más requisitos (título oneroso y buena fe), que a un tercero que, sin haber confiado en la exactitud registral, inscribe un título contradictorio con otro título no inscrito. Así el caso de un inmatriculante o de un reanudador del tracto que, según la tesis dualista, *podrían desconocer los títulos no inscritos contradictorios con los suyos, aún siendo adquirentes a título gratuito*. Esta conclusión ilógica a que lleva la interpretación autónoma del art. 32 LH induce a pensar, sin duda, que dicha interpretación no es muy correcta.

Este argumento que comentamos ha sido ligeramente modificado por su autor en la 4ª Edición de su obra *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Partiendo como premisa de que "cualquier acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo", de que la sola inscripción ulterior no lo convalida (art. 33 LH.), y de que "la posición inatacable de que, en determinadas condiciones, goza el tercero adquirente (y sus causahabientes) es un supuesto *excepcional* de eficacia de los actos nulos, en razón no sólo de la fuerza del Registro sino también de la concurrencia en la adquisición de otras circunstancias [las del art. 34 LH.] (entre ellas la buena fe del adquirente)"<sup>381</sup> afirma lo siguiente:

"... Los intérpretes que sostienen la tesis dualista deberán optar por una de estas posiciones: 1ª Entender que el tercero adquirente de derechos que inscriba su adquisición también está protegido por el art. 32 LH. frente a los *títulos no inscritos* de los que resulte la anulación o resolución del derecho del otorgante, aunque el tercero adquirente no reúna los requisitos (buena fe, título oneroso, titularidad registral suficiente del otorgante) que exige el art. 34 LH., pero que no exige el art. 32 LH. Pero este resultado estaría en abierta contradicción con el texto del art. 34 LH. 2ª. Entender que la Ley, que es tan exigente con las causas de anulación o resolución en general ... [para proteger al tercer adquirente frente a las mismas] ... es mucho menos exigente, para proteger al tercer adquirente, cuando la causa de nulidad que no consta en el Registro es especialmente grave: que el transmitente no era el dueño. Entonces, aunque el transferente no sea ya dueño ni el pretendido derecho que transmite conste en el Registro, el tercero adquirente resultará protegido con tal de que inscriba (en

inscripción de inmatriculación o de reanudación de tracto sucesivo) su adquisición.

Pero este resultado de la Ley sería un contrasentido.<sup>382</sup>

- En una línea similar a la de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ROCA SASTRE, VALPUESTA FERNÁNDEZ<sup>383</sup> y MONSERRAT VALERO hablan de diferencias de trato entre los terceros adquirentes difíciles de justificar<sup>384</sup> e incluso de desigualdades inadmisibles.<sup>385</sup>

Así señala MONSERRAT VALERO que "ante una finca no inmatriculada la coexistencia de ambos sistemas [latino y de fe pública registral] significaría que en el supuesto de doble venta el comprador que inmatricula la finca gozará de protección registral, en virtud del art. 32 LH.; *pero en el supuesto de que se resolviera el derecho del transmitente, el comprador que haya inmatriculado la finca no gozaría de tal protección por fallar el requisito de la adquisición de un titular registral, y esta diferencia de trato es difícil de justificar*. El legislador, como hace el francés, puede limitar la protección registral al supuesto de doble venta, pero si decide ampliarla al supuesto de resolución del derecho del transmitente *¿qué razones hay para que los requisitos en uno y otro caso sean distintos?*".<sup>386</sup>

El mismo LACRUZ BERDEJO ya tuvo presente, en su día, esta diferencia de trato entre terceros adquirentes que la tesis dualista produce.

Admitida la protección del titular inscrito frente a títulos no inscritos, es más discutible, dice LACRUZ, si el art. 32 LH. protege al titular inscrito frente a titulares de derechos que no los habían inscrito y *que pretenden recuperar la finca en virtud de una acción de nulidad, rescisión, etc.*

"El supuesto es el siguiente: Primus vende la finca a Secundus movido por amenazas de éste. Secundus la vende a Tertius. La finca es inmatriculada por Tertius. ¿Puede afectar a éste la nulidad del contrato?. Al parecer, *proviniedo el ataque de un título*

<sup>382</sup> Ibídem. Pág., 617.

<sup>383</sup> Cfr.: ut supra, Capítulo III, epígrafe VI. 1.3.

<sup>384</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Págs., 513 y 514.

<sup>385</sup> ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., 1962. Nº 412 - 413. Págs., 601 y 602.

<sup>386</sup> MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista ...*, Op. cit., Págs., 513 y 514.



*no inscrito, la simple aplicación del art. 32 habría de servir para rechazarlo. El contrato sigue siendo nulo, porque la inscripción no lo convalida (art. 33 LH.), pero la adquisición es eficaz, porque la nulidad no puede ser opuesta al adquirente [ sic ]. El conflicto de intereses, además, es aquí bastante semejante al de la doble enajenación, y la solución debe ser la misma. Sin embargo, la interpretación a contrario del art. 34 podría conducir a la solución opuesta." (Cva. ntra.)*<sup>387</sup> [Es decir, a la no protección del inmatriculante ante la acción de nulidad, y en última instancia, decimos nosotros, a la no protección del inmatriculante en caso de doble enajenación ya que *el conflicto de intereses es semejante en uno y otro caso y la solución debe ser la misma.*]<sup>388</sup>

Desde luego, cabe formular el siguiente argumento de orden lógico frente a la tesis dualista: Las acciones nacen de derechos, y éstos de títulos o causas jurídicas de los derechos. La acción es consecuencia de la titularidad del derecho, luego tiene una relación respecto del derecho como la que tiene el efecto respecto de la causa. Si para ser protegido frente al efecto (acción) la Ley exige 4 requisitos (art. 34 LH.), con mayor motivo deberá exigirlos para ser protegido frente a la causa (derecho o título, en última instancia) so pena de faltar a la lógica.

- En nuestra opinión, la tesis dualista introduce importantes distorsiones en el sistema hipotecario español. Así, en el principio de legitimación registral formulado en el art. 38 LH., que VILLARES PICO transforma en una presunción *iuris et de iure*. El principio de prioridad (que ya vimos como definía) resulta reforzado - dice - por el principio de legitimación "para hacer inatacable la adquisición del tercero, *o sea, que se presume "juris et de jure" a todos los efectos legales, que el derecho inscrito pertenece al que primero inscribió su adquisición legal* y, naturalmente, hoy resulta también reforzado el titular inscrito, a virtud de la eficiencia de la legitimación, con la prohibición establecida

<sup>387</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957. Pág. 244.

<sup>388</sup> Tanto en un caso como en otro se trata de otorgar una protección registral al tercer adquirente contra la regla lógica *nemo dat quod non habet*.

contra un titular que no inscribió, en el artículo 313 de la Ley, [hoy 319] y remachada por los artículos 585 al 588 del Reglamento hipotecario". (Cva. y negr. ntras.) <sup>389</sup>

Según estas palabras la presunción *iuris tantum* de exactitud del art. 38 LH., *no opera frente a titulares de derechos reales anteriores no inscritos. Frente a éstos, al titular inscrito se le presume irrefutablemente titular del derecho.* (Automáticamente, en caso de doble venta y transcurridos los dos años de suspensión del principio de inoponibilidad, en otros casos).

También resulta distorsionante el que la existencia de un asiento en el Registro, tenga prácticamente el mismo valor que su inexistencia (silencio del Registro, en el caso de segundo comprador inmatriculante), en orden a la protección de terceros adquirentes. No parece lógico que un sistema hipotecario establezca al mismo tiempo una publicidad positiva, basada en el valor otorgado al contenido de los Libros del Registro, y una publicidad negativa, basada en el valor otorgado al silencio (o falta de contenido) del Registro.

- Queremos destacar que no es cierto que por no aplicar al inmatriculante el art. 32 en sentido dualista, (inoponibilidad de otros títulos en conflicto con el inscrito), se niegue toda protección al inmatriculante, y carezca de estímulos la inscripción. Siempre se cuenta, como señala ROCA SASTRE, con la protección derivada de la legitimación registral, amplísima por otro lado, la posibilidad de hipotecar la finca, etc..

Por otro lado, para ser tercero registral en el sistema español es de esencia no haber sido parte en un contrato o acto anterior que publica el registro y haber inscrito el propio título. De lo contrario, como se ha señalado, *no cabe decir que se es tercero en el contexto del folio real.*

---

<sup>389</sup> VILLARES PICO, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario ... Op. cit.* Pág., 304.

#### IV. EL ARGUMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL.

GARCÍA GARCÍA, teniendo presente que el art. 3 CC. habla de que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, aporta el siguiente argumento al respecto: "... en los tiempos actuales en que la mayor parte de la propiedad está inscrita, y en que la publicidad registral está suficientemente arraigada en la sociedad, la aplicación de los criterios pretendidos por el legislador inmobiliario de 1861 tienen plena realidad social actual, en concordancia, además con todo el Derecho comparado que pretende configurar la plena eficacia de los derechos reales a través de la publicidad registral ...".<sup>390</sup>

Dice también que "la realidad sociológica demostrable hace ver que una gran parte de los ciudadanos o terceros que adquieren inmuebles o derechos reales y acuden al Registro para recibir la necesaria protección frente a la clandestinidad ... son terceros a los que les falta el requisito de previa inscripción, tal como se viene interpretando dicho requisito en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria". No se trataría sólo de los inmatriculantes o de los que reanudan el tracto sucesivo interrumpido sino de todos aquéllos "que presentan sus títulos en el Registro con tal prontitud y diligencia, que incluso lo hacen antes de estar presentado en el Registro el título previo. Por ejemplo, un acreedor hipotecario o un comprador pueden presentar su título en el Registro, a sabiendas de que el dueño o transmitente ya presentará el suyo en cualquier momento...". En su opinión la utilidad del Registro sería mucho mayor si dichos terceros fueran protegidos.<sup>391</sup>

Frente a esta argumentación cabe señalar, por un lado, que aún existe una gran masa de propiedad inmueble sin inmatricular, siendo esto lo que muestran las circunstancias presentes. Por otro lado, que aunque los particulares no tengan un conocimiento profundo de la legislación hipotecaria, tienen el suficiente para percatarse de que el hecho de que su transmitente no tenga inscrito su título en el Registro constituye una situación potencialmente

---

<sup>390</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH. ... Op. cit.* Pág., 329.

<sup>391</sup> GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH. ... Op. cit.* Pág., 366.

problemática. Mientras que la coincidencia entre su transmitente (titular registral) y el poseedor de hecho de la finca constituye una situación regular.<sup>392</sup>

Además cabe indicar que los terceros enormemente diligentes de que habla GARCÍA GARCÍA no lo son tanto ya que es posible que quienes celebran un contrato de compraventa en documento privado pacten que la previa inscripción a nombre de la vendedora de la finca vendida, sea condición necesaria para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y para el pago del precio por el comprador. Incluso cabe pactar la forma en que la vendedora deba llevar a efecto la inmatriculación. P.e. por expediente de dominio en lugar de por la vía del art. 205 LH. para evitar la suspensión de efectos del art. 207 LH..<sup>393</sup>

---

<sup>392</sup> XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. Conversación privada.

<sup>393</sup> El no haberse efectuado ninguno de tales pactos fue lo que llevó al T.S., en STS 18 abril 2000 (RJA. 2000/2975) a desestimar el recurso planteado que denunciaba infracción del art. 1100 del CC. por inaplicación e infracción por aplicación indebida de los arts. 1124 en relación con el 1504 del CC.. Los recurrentes parece que pretendían sostener que la vendedora incurrió en incumplimiento del contrato de compraventa celebrado en documento privado, al inmatricular la finca vendida en el Registro por la vía del art. 205 LH., vía que da lugar a la limitación de los efectos del asiento respecto a terceros hasta transcurrir dos años desde su fecha, por lo que la vendedora (parecían decir los recurrentes) había incumplido la cláusula I del contrato, por la que se obligaba a vender la finca libre de cargas y gravámenes. El T. S. desestima el recurso alegando que " en el contrato de compraventa litigioso no se pactó, ni expresa, ni tácitamente, que la previa inscripción, a nombre de la vendedora, de la finca vendida fuera condición necesaria para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y para el simultáneo pago del precio por el comprador; que éste conocía plenamente (cláusula IV del contrato) que la finca no se hallaba inmatriculada a nombre de la vendedora (ni de nadie) y no se pactó la forma en que ésta debía llevar a efecto dicha inmatriculación, por lo que la misma, en uso de sus propias y libres facultades optó por una de las dos legalmente posibles (la del artículo 205 de la Ley Hipotecaria); que la vendedora se obligó expresamente a entregar la finca libre de cargas o gravámenes y que la limitación de los efectos de dicha forma de inmatriculación, respecto a terceros, durante dos años, no entraña la constitución de ninguna carga o gravamen, en el sentido jurídico y propio de dichos términos".

## CAPÍTULO CUARTO

### LAS TESIS MONISTA Y DUALISTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTUDIO DE LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES.- 1. Para ser tercero hipotecario es preciso haber celebrado el contrato con persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir.- 2. Sobre el art. 1473.2 CC.- 2.1. Supuesto de hecho del art. 1473.2 CC.- 2.2. Validez de la segunda disposición.- 2.3. Separación de las cuestiones penales relativas al delito de estafa del doble vendedor, de las cuestiones civiles relativas a la compraventa que debe prevalecer.- 2.4. Relación del art. 1473.2 CC. con el art. 34 LH.- 2.5. Aplicación del art. 1473.2 CC. aislada del art. 34 LH.- 3. Casos de conflicto de títulos hipotéticamente subsumibles en el art. 32 LH., o lo que es lo mismo, casos de inexactitudes procedentes de la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria (art. 40.a), en relación con el art. 40 *in fine*, 32 y 34 LH.).- 4. Sentencias que argumentan en sentido monista como premisa ineludible para resolver el punto litigioso.- 5. Otras sentencias que cabe citar en apoyo de la tesis monista. - 6. Sentencias dualistas en *obiter dictum*.- 7. Otras sentencias que contienen pronunciamientos a propósito de la invocación por los recurrentes de infracción del art. 32 LH.- 8. La protección civil de un tercero civil frente al cumplimiento de la condición resolutoria. Arts. 1120 y 1124 CC., último párrafo.- 9. El tercero del art. 114 LH., un tercero distinto del contemplado en los arts. 32 y 34.- 10. Los requisitos de protección del tercero hipotecario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 10.1. El negocio jurídico adquisitivo del tercero ha de ser válido en sí.- 10.2. El tercero hipotecario ha de ser un tercer adquirente de un derecho real.- 10.3. El tercero hipotecario ha de ostentar buena fe.-

## I. INTRODUCCIÓN

Una vez estudiado el art. 32 LH. con arreglo a los criterios interpretativos sugeridos por el legislador al intérprete en el art. 3.1 CC., réstanos investigar cómo han sido interpretados y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo los arts. 32 y 34 LH. y 1473.2 CC..

El estudio en la Jurisprudencia de la problemática que suscita la interpretación de estos preceptos resulta imprescindible, pues como señala el profesor GARCÍA AMIGO "la jurisprudencia  *fija el sentido de la norma [oscura, como es el caso], salva contradicciones posibles del legislador, ... y es la mejor fuente de conocimiento del Derecho positivo.*"<sup>1</sup> De ahí que, ante la polémica existente entre ambas tesis, la autoridad moral que la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede representar<sup>2</sup>, sea criterio trascendental para el discernimiento de la veracidad o mayor o menor certeza de una y otra tesis.

A partir de las sentencias del Tribunal Supremo que recogemos en el índice de jurisprudencia citada, hemos podido determinar la existencia de las siguiente líneas jurisprudenciales, las cuales revelan, como iremos pudiendo comprobar, una concepción monista del tercero hipotecario, concepción que refuerza los argumentos que, en defensa de la tesis monista, expusimos en el capítulo anterior.

También hemos destacado aquellos pronunciamientos de corte dualista que han comenzado a apuntarse en los *obiter dicta* de algunas sentencias recientes, pronunciamientos que, sin embargo, carecen de la autoridad moral de que hemos hablado antes, por no constituir la razón de decidir de los fallos.

Si bien los Tribunales son libres de apreciar por sí el sentido de la norma (y también lo es, por lo tanto, el Tribunal Supremo), no creemos que un cambio de jurisprudencia en esta materia resultase prudente, dada la autoridad moral que para el propio Tribunal Supremo tiene

---

<sup>1</sup> GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Civil*. I. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1979. Pág., 184.

<sup>2</sup> Cfr.: GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Civil*. I. *Op. cit.*. Págs., 183 y 184.

una jurisprudencia monista que se remonta, como veremos, al siglo XIX, y que, por consiguiente, parece responder a la *mens legislatoris*.<sup>3</sup>

Iremos, pues, destacando a continuación, distintas líneas jurisprudenciales, para cuya exposición recurrimos al resumen de los hechos que dieron lugar al litigio origen de la sentencia y al comentario del fallo emitido por el Tribunal Supremo.

## II. ESTUDIO DE LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

### 1. Para ser tercero hipotecario es preciso haber celebrado el contrato con persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir.

Partimos para el estudio de esta línea jurisprudencial de la STS. 12 noviembre 1970 (RJA 5104/1970), la cual forma Jurisprudencia con las STS. de 26 febrero 1949, 24 abril 1962 y 22 noviembre 1963 y otras de fecha más reciente.

El supuesto de hecho que dio lugar a la STS. 12 noviembre 1970 fue el que resumimos a continuación. El Sr. B otorgó escritura de agrupación de las fincas N° 5166 y 4686 y venta en favor del Sr. G. M.. Éste presentó la escritura a registro pero la inscripción de la misma (como nueva finca N° 5756) era imposible, porque si bien estaba inscrita la finca 5166 a nombre del Sr. B, la finca 4686, estaba inscrita a favor del transmitente de B, Sr. V., por lo que hasta que el Sr. B, no presentara a registro su título de compraventa de la finca N° 4686, era imposible practicar inscripción en favor del Sr. G. M. (arts. 44 y 45 RH de 1947, en su redacción anterior a la reforma de 1982).

Estando presentado el título del Sr. G.M. en el Registro, y faltando la presentación del título intermedio del Sr. B arriba mencionado, el Sr. G. M. segregó una parte de la nueva finca agrupada y la vendió a Erwin T.W. y Erika E de W., el 30 de julio de 1962. El 13 de agosto de 1962 fue presentado e inscrito a nombre del Sr. B su título intermedio, esto es, 14 días después de la escritura de venta entre los señores G. M y W.. Los Sres. W presentaron su título a registro el 10 de agosto de 1963, el cual causó inscripción primera de la nueva finca N°

---

<sup>3</sup> Cfr.: *Op. cit.*, *Loc. cit.*.

6376. Los Sres. W ejercitaron acción reivindicatoria contra varios demandados que tenían practicada en su favor una inscripción con fecha 4 de junio de 1963, la cual englobaba la porción de terreno que reclamaban los Sres. W y que éstos habían inscrito a su nombre.

En 1ª Instancia y en apelación se reconoció el dominio de los Sres. W sobre el terreno litigioso y se ordenó la rectificación de la inscripción de los demandados, para que no estuviese en contradicción con la de los actores.

Se planteó recurso de casación por falta de aplicación del art. 34 de la LH.. El recurrente alegaba, en definitiva, que la sentencia recurrida había errado al considerar que los actores tenían la condición de terceros hipotecarios y que no se había ajustado, al resolver, a la cuestión controvertida, consistente en si los actores habían o no adquirido de persona que en la fecha del contrato de compraventa tenía facultades según el Registro para verificar la transmisión.

El T. S. estimó el recurso sobre la base de "la doctrina reiterada de este Tribunal, en sentencias numerosas, entre ellas, las de **26 febrero 1949, 24 abril 1962 y 22 noviembre 1963**" las cuales establecen que "a los efectos del art. 34 de la LH. hay que atender, *no a la fecha de la inscripción del tercero*, [como señala la tesis dualista para el art. 32] sino a la de la celebración del contrato que originó [la inscripción], con la consecuencia lógica de que *no es tercero hipotecario el que no adquiere, de quien, según el Registro podía transmitirle* como exigen los arts 34 y 69 de aquella Ley citada, y la esencia interna del principio de la fe pública registral, por lo que en consecuencia y ateniéndose a todo lo anteriormente fundamentado ... es obvio que, los señores T.W., carecen de la condición de terceros hipotecarios y por consiguiente no pueden ser protegidos por la fe pública registral ..." (cva. ntra.)

El Tribunal Supremo estaría, pues, negando la condición de tercero hipotecario al que no contrata con un titular registral con inscripción vigente. No obstante, de otros fundamentos de derecho vertidos con anterioridad parece desprenderse que el TS. considera que el Señor G.M. "el día de la celebración del contrato con el actor señor T.W. - 30 julio 1962 -, no estaba facultado para transmitir conforme al Registro de la Propiedad, *debido a la circunstancia de*



*falta de inscripción del título intermedio pues ... si bien el señor G.M. había presentado en el Registro el título por el que adquiriría del señor B las dos fincas cuya agrupación constituía la 5756, ... una de aquéllas - la 4686 -, no estaba inscrita, ni presentado el título en el Registro, puesto que en aquella fecha continuaba el nombre del propietario anterior ... hasta que en 13 agosto 1962 fue **presentado e inscrito a nombre del Señor B., es decir, catorce días después de la fecha de la escritura de venta otorgada entre los señores G.M y W ...**". De estas palabras deducimos nosotros que parecería que el Tribunal Supremo si hubiese estado presentado el título del Sr. B. y el del Sr. G.M. en el momento de celebración del contrato, habría considerado que este último estaba facultado para transmitir conforme a Registro (siempre que hubieran llegado a practicarse las inscripciones solicitadas), y que por lo tanto, los Sres. T.W. ostentaban la condición de terceros hipotecarios por la vía de poner en relación los arts. 34 y 24 LH.<sup>4</sup>*

**STS. 24 IV 1962. RJA. 2093/1962. Ponente Pablo Murga Castro. No hay protección del art. 34 LH. si en el momento de celebrar el contrato el transmitente no tiene inscrito su título.**

En el considerando 3º, como *ratio decidendi* del fallo casacional se afirma: "... como la escritura de compraventa resulta otorgada por persona que en el Registro no aparece con facultades para transmitir, y es el momento de la celebración del contrato, que crea el vínculo inscribible, al que hay que atender, y no al de la inscripción, como se establece en la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1949 (RJA 258/1949), es visto que al no entenderlo así el Tribunal sentenciador y declarar que el comprador debe ser mantenido en la enajenación efectuada, ha cometido la infracción que ha sido denunciada, al ser interpretado con error el art. 34 de la LH, debido a no concurrir uno de los requisitos que para la protección del tercero se exige en dicha disposición.

**STS. 22 XI 1963. RJA. 4958/1963. Ponente: Federico Rodríguez Solano y Espín.**

La Compañía mercantil "herederos de Muñoz Rodríguez", había obtenido sentencia firme en su favor, condenando a Don Benito R.E., al pago a aquélla de unas cantidades adeudadas. El

<sup>4</sup> Cfr.: MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1975. Págs., 238 y 239.

acreedor, al pretender ejecutar la sentencia, se encontró con que su deudor había vendido a su consuegro, Don Nicasio, por un precio inferior al valor real, una serie de fincas con las instalaciones industriales de su propiedad, colocándose **en estado de insolvencia**. Posteriormente Don Nicasio, que había inmatriculado la principal de dichas fincas en su favor por la vía del art. 205 LH., las hipotecó en favor del Sr. Rojo, "quien conocía, según propia confesión, los antecedentes del caso y la situación económica y procesal del deudor originario".

La Compañía acreedora demandó en primera instancia la declaración de inexistencia y nulidad de los contratos de compraventa e hipoteca, así como la nulidad de las inscripciones causadas por ellas en el Registro, y subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la acción de nulidad, demandó la rescisión de ambos contratos por otorgados en fraude de acreedores. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero fue estimada en apelación, recurriendo en casación los demandados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

El Tribunal Supremo niega que haya habido violación de los arts. 34 y 38 LH. por la sentencia recurrida, porque en ella se declara probado que la simulación productora del título de adquisición del hipotecante era conocida perfectamente por el recurrente, motivo por el que éste no puede gozar de la cualidad de tercero hipotecario. Además, el acreedor hipotecario *no ha adquirido de quien según el Registro podía transferir*, como exigen los arts. 20, 38, 69 LH., porque la finca está sujeta a los efectos del art. 207 LH., que suspende la presunción *iuris tantum* de legitimación registral en favor del inmatriculante durante los dos primeros años de vigencia del asiento de inmatriculación. (CDO. 8º). El TS exige, pues, para ser tercero hipotecario *haber adquirido de quien según el Registro podía transferir*.

**STS. 26 de febrero 1949. (RJA. 258/1949).** Esta sentencia es mencionada por la STS 12 noviembre 1970, como integrante de una misma línea jurisprudencial, consistente en que a efectos del art. 34 LH., hay que estar a la fecha de la celebración del contrato, y no a la fecha de la inscripción, para determinar si el sujeto que pretende ampararse en el Registro es o no tercero hipotecario. En el caso de esta sentencia lo que lleva al TS. a reconocer la condición de tercero hipotecario al demandado es que de la demanda de nulidad de la adquisición del transmitente planteada ante los Tribunales antes de que el tercero hipotecario inscribiese su adquisición "*... de ésta [no] había constancia en el Registro al efectuar aquella inscripción,*

*ni es a su fecha, sino a la de la celebración del contrato que la motivo, anterior a la demanda, a la que hay que remitirse para juzgar si la adquisición se efectuó con conocimiento registral o extrarregistral de la causa de nulidad del título del transferente ..."; conocimiento que en este caso no había tenido lugar ni por el Registro ni por otros medios.*

Es decir, si en las sentencias anteriores lo que se plantea es que el requisito de la adquisición de titular registral debe cumplirse al celebrar el contrato, en ésta lo que se sienta es que también el requisito de la buena fe, se debe examinar si se ostenta o no, en el momento de contratar.<sup>5</sup>

En la línea de estas sentencias hay que añadir la STS. 25 marzo 1994 (RJA. 2535/1994) <sup>6</sup>, 22 abril 1994 (RJA. 3083/1994),<sup>7</sup> STS. 6 abril 1999 (RJA. 1999/2655), *cfr.* fundamento de derecho 1º *in fine*, y la STS. 22 junio 2001 (RJA. 5071/2001)<sup>8</sup>, que sin

<sup>5</sup> No obstante, de la misma manera que en la usucapión ordinaria se exige buena fe ininterrumpida hasta el momento de consumarse la usucapión, en el caso de la adquisición a non domino por virtud del Registro debe exigirse una buena fe extremadamente rigurosa y que persista hasta el momento en que se practique materialmente la inscripción, momento en que se produce la que la doctrina ha llamado usucapión instantánea (es decir, con supresión del plazo de posesión en concepto de dueño). De la misma manera que en la usucapión extraordinaria la falta de buena fe se compensa con la exigencia de un mayor plazo de posesión, aquí la supresión de todo plazo debe compensarse con la exigencia de una rigurosa buena fe que abarque desde el momento de la contratación con el titular registral hasta el momento en que el Registrador practica materialmente la inscripción en los Libros de inscripciones.

<sup>6</sup> Citada por Peña Bernaldo de Quirós en cuanto al momento de la previa inscripción del transferente exigida por el art. 34.I LH. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001. Pág., 611.

<sup>7</sup> Citada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág., 547. El Tribunal Supremo admite el recurso de casación planteado por una hija adoptiva, cuyos derechos legitimarios habían sido perjudicados por el testamento de su madre, que instituía heredero a su esposo, y sólo en su defecto, a la hija, y por un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, celebrado por el padre adoptivo supérstite con los codemandados. En el recurso se ataca la cualidad de tercero hipotecario reconocida en 1ª instancia y en apelación en favor de la codemandada Rosario C.S. por ser nulo parcialmente su título adquisitivo (como había declarado la sentencia de instancia), y por no figurar como titular registral el padre de la actora, al tiempo de verificarse el contrato de cesión. La sentencia estima parcialmente el recurso, negando que la codemandada sea tercero hipotecario, fundamentalmente y en primer término por faltarle el requisito de realizar su negocio jurídico adquisitivo con quien apareciese en el Registro con facultades para transmitir. (*Cfr.*, fundamento de derecho segundo *in fine*.)

Hay que destacar, no obstante, que en "*obiter dicta*", (Fundamento de Derecho 3º) la sentencia vendría a recoger la interpretación de NÚÑEZ LAGOS de los artículos 32, 33 y 34 LH (el art. 33 es una excepción al art. 32 y el art. 34, una excepción del art. 33, en favor del subadquirente) y parecería referir exclusivamente la fe pública al art. 34 LH, no al art. 32.

<sup>8</sup> Ponente: Francisco Marín Castán.

embargo admite en *obiter dicta* una interpretación de los arts. 32 LH. y 606 y 1473.2 del CC. aislada del art. 34 LH..

Igualmente cabe incluir en esta línea jurisprudencial la STS. 3 julio 1997 (RJA. 1997/5475). La misma sería exponente de que para que el tercero resulte protegido por la fe pública registral es preciso, no sólo que el transmitente sea titular inscrito sino que *además aparezca con facultades para transmitir*.<sup>9</sup> Es decir, este último requisito que exige el art. 34 LH. *no se cumpliría simplemente por el hecho de estar inscrito en el Registro el derecho del transmitente en el momento de contratar con el tercero, sino que además sería precisa la concurrencia de otras circunstancias adicionales, como por ejemplo, que el derecho del transmitente no esté cuestionado por una anotación preventiva de demanda*.

El razonamiento que vertió el Tribunal Supremo discurrió del siguiente modo. Se acogió el recurso de casación planteado por la Comisión liquidadora de la suspensión de pagos de Pedro G. L., que había alegado infracción de los arts. 33 y 34 LH., éste en relación con los arts. 24 y 71 LH. y 198.2 RH., porque los recurridos no podían ser considerados terceros hipotecarios del art. 34 LH. al haber adquirido *existiendo en el momento de su adquisición una anotación preventiva que contradecía el dominio del titular registral*. Por lo tanto habían adquirido de titular inscrito pero de persona que en el Registro NO figuraba con facultades para transmitir. Literalmente dijo el TS. en *ratio decidendi* que:

"...la parte recurrida constituida por los hermanos M. M., que aunque tuvieran la *apariencia de terceros hipotecarios*, [al haber adquirido su derecho del titular inscrito, Pedro G. L.] ..., no podían ser tratados de ese tenor, pues les faltaba, como dice la parte recurrente, el requisito exigido por el mencionado precepto hipotecario [el art. 34 LH.], consistente en haber adquirido la finca ..., de persona que en el Registro de la Propiedad aparezca con facultades para transmitir. Y en el presente caso *cuando se celebró la subasta judicial de la que se derivó la escritura pública inscribible, ya existía una anotación preventiva de*

<sup>9</sup> CUADRADO IGLESIAS, MANUEL; GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER. *Derecho Civil. Legislación hipotecaria*. 5ª Edición, actualizada a septiembre de 2001. Mc Graw Hill. Madrid, 2001. Cfr. el comentario al art. 34 LH. donde se afirma " ... los requisitos para que el tercero resulte protegido por la fe pública registral son los siguientes: ... 3. Que el transferente tenga *inscrito su derecho y aparezca con facultad para transmitir*".

*demanda*, que es la que configuraba el principio de seguridad jurídica, que permitiera prioritariamente defender el derecho de la entidad a favor de la cual se había efectuado tal anotación preventiva, [la Comisión liquidadora] sobre todo cuando la sentencia que resolvía la «litis» de la que dimanaba tal anotación preventiva, reconocía que el convenio del suspenso Pedro G. L. con sus acreedores, supuso la cesión de todos sus bienes (entre los que se encontraba la finca inscrita) para su venta, y con su importe pagar a todos los acreedores, lo que configuraba una «*datio pro solvento*» que no impedía, sino más bien lo contrario, proclamar que dichos recurridos adquirieron de personas que carecían de la facultad de disponer."

Más próxima en el tiempo y de una claridad meridiana en cuanto a su monismo hipotecario es la STS. 17 octubre 2001 (RJA. 8640/2001).

El Juzgado de 1ª Instancia había dado lugar a la tercería de dominio que un adquirente de titular registral había planteado con motivo del embargo de la finca inscrita, cuando el juicio ejecutivo de que dimanaba el embargo se dirigía contra el deudor Avelino C.R., que en ningún momento había tenido título de dominio de la finca inscrito en el Registro.<sup>10</sup>

La sentencia de la Audiencia había revocado la del Juzgado y la actora, Finarmesa, Entidad de financiación S.A. (luego Hispamer Servicios Financieros de Crédito S.A.) interpuso recurso de casación. Finarmesa alegó inaplicación del art. 34 LH. porque la sentencia impugnada no había considerado que ella obtuvo válidamente la finca del titular que figuraba inscrito en el Registro, de buena fe y a título oneroso, y que por consiguiente debía ser mantenida en su adquisición.

El TS. estima el motivo y para ello argumenta como *ratio decidendi*: " ... para que pueda prosperar [la tercería de dominio] ... [el tercerista] no sólo ha de esgrimir un título dominical válido, sino que su adquisición ha de ser cronológicamente anterior a la fecha del embargo objeto de la tercería (entre otras, SSTS de 26 de julio de 1994 (RJA. 1994/6784), 5

---

<sup>10</sup> El embargo de la finca se practicó en el año 1980. En aquella fecha la finca figuraba inscrita en favor de Vicente Quijada Granados y Esperanza C.R., su esposa. En 1982, figuraba a nombre de Melquisedec C.L. y en 1995, de Finarmesa, entidad de financiación S.A., que había adquirido del anterior titular registral.

de octubre de 1996 y 9 abril de 1997 (RJA. 1997/2876)), y, en el caso de debate, es evidente que la finca embargada jamás estuvo inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de don Avelino C.R., sino de otras personas, ... y, ... se ignora en virtud de qué título ... [éste] pudo hacer suyo el bien embargado.

Por demás, *la Ley hipotecaria sólo protege a los que contratan bajo la garantía del Registro y, en este caso, Finarmesa, Entidad de Financiación, S.A., ha adquirido de persona que << secundum tabulas >> aparece con facultades para transmitirlo*, mientras que don Avelino C.R. no ostentaba título alguno sobre el chalet, por lo que la sentencia de instancia ha omitido lo dispuesto en el art. 34 LH. al reconocerle valor [al título de dominio inexistente] frente a tercero con título inscrito, que ha adquirido de buena fe y a título oneroso."

## **2. Sobre el art. 1473.2 CC..**

### **2.1. Supuesto de hecho del art. 1473.2 CC..**

STS. 25 julio 1996. (RJA. 5572/1996)<sup>11</sup> " ... la tipificación de la doble venta, contemplada en el citado precepto, requiere para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1473, sino una venta de cosa ajena, [o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto, según afirma la STS. 8 marzo 1993] con las consecuencias jurídicas propias de la misma ..." Doctrina que mantienen las sentencias de 23 junio 1951 (RJA 1882/1951), 23 mayo 1955 (RJA 1708/1955), 7 abril 1971 (RJA. 2272/1971), 30 junio 1986 (RJA. 4403/1986), 11 abril 1992 (RJA 3096/1992), 17 noviembre 1992 (RJA 9234/1992), 8 marzo 1993 (RJA 2052/1993), 25 marzo 1994 (RJA 2535/1994), 10 diciembre 1999 (RJA. 9484/1999), 22 junio 2001 (RJA. 5071/2001), 5 diciembre 2002 (RJA. 10429/2002).

También la STS. 25 noviembre 1996 (RJA. 1996/8559), afirma en *obiter dicta*, con cita de las Sentencias de 7 abril 1971 (RJA. 2272/1971), 30 junio 1986 (RJA. 1986/4403) y 11 abril 1992 (RJA.3096/1992), que si consumada la primera venta, se perfecciona una segunda,

<sup>11</sup>

Ponente: Francisco Morales Morales.

se produce la situación de "enajenación de cosa ajena por falta de objeto de la posterior, que jurídicamente deriva en la inexistencia de ésta".

**STS. 25 julio 1996. (RJA. 5572/1996).**<sup>12</sup> Afirma como *ratio decidendi* del fallo ante la alegación por el recurrente de que la sentencia de apelación ha infringido el art. 1473 CC.

<sup>12</sup> Don Rafael M. C., viudo de M<sup>a</sup> Dolores M.C. donó por medio escritura pública de 28 de mayo de 1985 un piso y una plaza de aparcamiento a su única hija adoptiva Concepción M.M., que no inscribió su título de dominio en el Registro. El donante continuó habitando el piso con el consentimiento de su hija. El 21 de junio de 1988, por medio de escritura pública, Don Rafael vendió la nuda propiedad del dicho piso y plaza de aparcamiento a Don Juan de Dios M.C., su sobrino, y a la mujer de éste, Concepción A. B., reservándose el vendedor el usufructo de las fincas vitaliciamente, con la facultad vitalicia de poder gravar o disponer de ellas a título oneroso en caso de necesidad libremente apreciada por el mismo. Con base en dicha escritura, Juan de Dios inscribió a su nombre y al de su esposa la nuda propiedad de los inmuebles, que debían constar inscritos previamente en el Registro. El 28 de junio de 1988, Don Rafael otorgó ante Notario testamento abierto en el que instituyó heredera a su hija en el tercio de legítima estricta y en el de mejora, y heredero en el tercio de libre disposición a su sobrino, y en el que se afirmaba que su hija nada tendría que percibir del caudal relicto, puesto que computando y colacionando todo lo que tiene recibido en vida del testador, tiene satisfecho su haber como heredera. El 8 de diciembre de 1988 falleció Don Rafael sin haber hecho uso de la facultad dispositiva del usufructo.

Por medio de acta notarial, el 14 de febrero de 1989, se notificó a don Juan de Dios M.C. y a su esposa que Don Rafael había donado en su día a su hija Concepción el piso y aparcamiento referidos, y se les requirió para que se abstuviesen de llevar a cabo sobre los inmuebles acto alguno de disposición, enajenación o gravamen, en tanto se pronunciasen los Tribunales o se alcanzase solución extrajudicial convenida.

El 7 de marzo de 1989, por medio de escritura pública, Juan de Dios y su mujer vendieron los inmuebles a Eugenia Antonia S.P. que los inscribió a su nombre en el Registro.

El 14 de abril de 1989 Concepción M. M. promovió demanda de juicio de menor cuantía contra Juan de Dios y esposa, y contra la herencia yacente, representada por su albacea y contador partidor, (nombrado en el testamento por Don Rafael), solicitando que:

- se declarase la nulidad de la escritura de compraventa de 21 de junio de 1988.
- se declarase la nulidad, y se ordenase la cancelación los asientos registrales practicados sobre la base de dicha escritura.
- Se declare la validez y eficacia de la escritura de donación.
- Se declare la procedencia de colacionar dicha donación en las operaciones particionales que se practiquen.

- Se condene a Juan de Dios y esposa a reintegrar a la demandante la posesión de los inmuebles.

El albacea demandado se opuso a la demanda y pidió la total desestimación. Juan de Dios adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por estimar mal constituida la relación procesal al no haberse demandado a doña Eugenia - Antonia. Para el caso de que no fuese desestimada la excepción, se opuso a la demanda pidiendo su total desestimación y formuló reconvencción, solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase que la donación referida había quedado revocada y sin efecto, al otorgar el donante la escritura de venta en favor de su sobrino, condenando a la demandada reconvenida a estar y pasar por dicha declaración. La sentencia de primera instancia estimó la excepción y se abstuvo de entrar en el fondo.

Interpuestos recursos de apelación por Juan de Dios y Concepción M.M., la Audiencia desestimó el primero y estimó el segundo. Revocó la sentencia de instancia, y desestimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, entró en el fondo y estimó la demanda y desestimó la reconvencción, declarando:

- inexistente (porque cuando don Rafael manifestó vender los inmuebles a su sobrino ya no era propietario de los mismos) e ineficaz el contrato de venta otorgado por don Rafael en favor de su sobrino.
- nulas las inscripciones registrales que causara la mencionada escritura de venta.
- válida la donación de los bienes realizada por don Rafael.
- se condena a Juan de Dios y esposa a reintegrar a la actora el valor de los inmuebles, 14 millones y

que el ... artículo 1473 del Código Civil ... presupone la coexistencia de dos ventas de una misma cosa a diferentes personas y que no es aplicable si una de las transmisiones no fue efectuada por venta, sino por donación.

"El expresado motivo también ha de ser rechazado, por las razones siguientes: 1.<sup>a</sup>) El invocado artículo 1473 del Código Civil no guarda relación alguna con el presente supuesto litigioso, pues el citado precepto presupone la coexistencia de dos ventas de una misma cosa a diferentes personas, mientras que en el caso aquí enjuiciado, una de las transmisiones (precisamente la primera) no fue efectuada por venta, sino por donación. 2.<sup>a</sup>) Aunque a efectos mera y exclusivamente dialécticos se admitiera que el artículo 1473 del Código Civil contempla los supuestos de doble transmisión de una misma cosa a diferentes personas, aunque alguna de dichas transmisiones lo hubiera sido por título distinto del de venta, tampoco podría ser aplicado dicho precepto a la cuestión debatida en este proceso, ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que la tipificación de la doble venta, contemplada en el citado precepto, requiere para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma".

En nuestra opinión existe una cierta confusión acerca del supuesto de hecho contemplado por el art. 1473.2 CC., confusión a la que ya hicimos referencia en el capítulo anterior y que se reflejaría en la STS. de 5 de diciembre de 1996. (RJA. 9046/1996).

El supuesto litigioso versaba sobre una doble disposición por título de compraventa por una S.A. mercantil, habiéndose realizado el primer negocio jurídico dispositivo por virtud de compraventa documentada privadamente y seguida de posesión de la finca vendida, y los

---

medio de pesetas, cantidad que deberá imputar el contador partidario a la legítima de Doña Concepción.

Contra esta sentencia, Juan de Dios interpuso recurso de casación.

En el motivo quinto se denuncia infracción del art. 1473 CC, porque él, el recurrente, además de ser adquirente de buena fe, fue el que primero inscribió, por lo que, conforme a dicho artículo, a él le corresponde la titularidad de los bienes litigiosos.



segundos, por medio de varias escrituras públicas, otorgadas por la S.A. mercantil, que era titular registral.

El primer comprador, que había perdido la posesión de la finca tras un procedimiento del art. 41 LH., ejercitado por los segundos compradores, demandó en juicio declarativo ordinario que se declarase eficaz su compraventa de 7 de julio de 1982, y se declarase la nulidad de las compraventas subsiguientes. Si bien su demanda fue desestimada en primera instancia, planteado recurso de apelación, el recurso fue estimado.

La Audiencia, en cuanto a la preferencia entre ambas compraventas, declara: la validez de la primera y la no validez de la segunda, ya que, partiendo de que el señor T. (primer comprador) poseyó la finca desde 1982 hasta 1986, es evidente que había adquirido la propiedad, y al no ser ya de la vendedora, ésta no podía transmitirla a los ulteriores compradores [es decir, la segunda compraventa no sería válida por falta de poder de disposición del vendedor]; la falta de buena fe de los segundos compradores, motivo por el que no eran terceros hipotecarios y la aplicabilidad del art. 1473.3° CC., primera parte.

En el fundamento 5° de la sentencia de la Audiencia se expone "que no siendo aplicable el art. 34 LH., procede interpretar lo dispuesto en el art. 1473 CC., por lo que, descartado el juego de su párrafo 2°, [que se aplica coordinadamente con el inaplicable art. 34 LH., está diciendo implícitamente la sentencia], ***la preferencia habrá de derivar de quien lo sea con carácter posesorio***; y que al punto es evidente que el señor T. tomó posesión de la finca en 1982 y que la detentó hasta el año 1986 ... por lo que no puede sostenerse que actuó de mala fe, [se trata pues de un comprador que es primero en la posesión con buena fe] ya que la segunda compraventa no se produjo sino con posterioridad a su posesión."

Ante este razonamiento de la Audiencia el Tribunal Supremo afirma en su sentencia que el mismo es recto pero que no es de absoluta pureza dogmática la aplicación de la técnica de la doble venta, si bien se llega a la misma conclusión [protección del primer comprador] si se parte, "como tiene dicho esta Sala, que cuando se difiere en un lapso considerable entre una venta y otra, el supuesto litigioso no deberá resolverse por el juego del art. 1473, sino

fundamentalmente por el principio fundamental del << *nemo dat quod non habet*>>, o sea, que la segunda venta se produce ya cuando se carece de facultad dispositiva sobre el objeto de dicho negocio."<sup>13</sup>

A nuestro juicio, el Tribunal Supremo se equivoca cuando afirma que las dobles disposiciones por título de compraventa estarían excluidas del art. 1473 CC., el cual sólo haría referencia a las dobles ventas en el sentido clásico del término, afirmaciones que se desprenden de las líneas transcritas. El art. 1473 CC. hace referencia tanto a unas como a otras, como en términos similares, afirma RUBIO GARRIDO y para hacer tal aseveración nos basamos en los argumentos que expusimos en el Capítulo III y en la necesidad de una aplicación coordinada del art. 1473.2 con el art. 34 LH, que afirma también la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la STS. 1 julio 1997 (RJA. 5504/1997), que sigue a la de 23 de agosto de 1947, se afirma que no cabe hablar de doble venta "cuando hubo primero opción de compra y antes de ejecutarse se vende a otra persona".

## **2.2. Validez de la segunda disposición.**

La STS. 18 diciembre 1978 (RJA. 330/1979) versó sobre un caso de doble disposición por título de compraventa. En casación, el comprador cuya compraventa no prevaleció alegó que la sentencia recurrida incurría en violación por inaplicación de los arts. 1275, 1276, 6.3º, 1255 y 1305 CC..

El T. S. desestimó el motivo alegando en *ratio decidendi* que el contrato de compraventa del comprador preferido (con escritura pública inscrita en el Registro) en modo alguno cabía entender que carecía de causa ni que tuviese causa ilícita generante de nulidad "... por la sencilla razón de que al venir expresamente regulada la venta de una misma cosa a diferentes compradores en el art. 1473, sin sancionarlo con nulidad, sino por el contrario estableciendo soluciones para determinar cuál de ellas ha de tener prevalencia según las circunstancias concurrentes, no puede apreciarse situación jurídica de ausencia de causa y de

<sup>13</sup>

Este razonamiento constituye *ratio decidendi* del fallo.

ilicitud en ésta, ni por tanto de consiguiente nulidad, en razón a que lo regulado legalmente no puede estimarse con ausencia causal, ilicitud, ni nulo, por el esencial principio [de] que lo productor de efectos jurídicos tiene adecuada vida en el campo del Derecho." (Considerando 4° de la primera sentencia).

### **2.3.- Separación de las cuestiones penales relativas al delito de estafa del doble vendedor, de las cuestiones civiles relativas a la compraventa que debe prevalecer.**

Afirma la STS. 18 diciembre 1978 (RJA. 330/1979) en *ratio decidendi* que las sentencias penales que versan sobre doble venta no entran a decidir cuestiones civiles derivadas de éstas. Es decir, la doble venta (el caso versaba sobre una doble disposición por título de compraventa) a sabiendas, con ánimo de originar perjuicio a uno de los compradores, y con fingimiento de una disposición dominical ya perdida en virtud de una transmisión anterior es una estafa sancionada por el Código Penal, *no entrando la sentencia penal a decidir más que la cuestión punitiva de tal delito. Dicha sentencia penal no entra a decidir el efecto civil de esa doble venta, esto es, cuál de las dos compraventas debe prevalecer, pues ello es una cuestión civil que excede a la jurisdicción penal, y que ésta no tiene en cuenta, pues sea uno u otro el comprador perjudicado, hay estafa por parte del vendedor. Dicha prevalencia de uno u otro comprador se decide en el pertinente pleito civil.*

### **2.4. Relación del art. 1473.2 CC. con el art. 34 LH..**

La STS. 21 mayo 1968 (RJA. 2483/1968) versó sobre un caso de doble venta. Se realizó una primera en documento privado y otra posterior por el mismo vendedor en escritura pública que fue inscrita. A su vez este segundo comprador volvió a vender por escritura pública a un tercero que también inscribió.

Interpuesto recurso de casación por el primer comprador, alegando, entre otros motivos, aplicación indebida del art. 34 LH., (en favor del último comprador), el TS. desestimó el motivo alegando que el art. 34 LH. es el "precepto que indudablemente es el

adecuado para decidir acerca de la concurrencia en el último comprador de la finca, de los requisitos que éste establece *para otorgarle la protección dimanada de su inscripción registral*, y ello excluiría el vicio que se denuncia ...". (Cva. ntra.).<sup>14</sup> Esta afirmación constituyo, junto a otras, *ratio decidendi* del fallo.

**STS. 25 mayo 1965 (RJA. 3016/1965).** Dice MOLINA GARCÍA "que muy significativa es la sentencia de 25 de mayo de 1965 en cuanto al modo en que el artículo 34 de la L.H. influye sobre los supuestos en que es de aplicación el 1473.2º del CC."<sup>15</sup>

Los herederos de José G. H. (Enrique, Luis y Dolores G.L.), vendieron el 17 de julio de 1940, en documento privado a Nicolás O. una finca que éste a su vez vendió en mayo de 1941 a José P. M.. El 5 de octubre de 1959, los herederos de G.H. efectuaron una segunda venta de la finca a Andrés M. R. quien inscribió su título en el Registro de la Propiedad.

Andrés M. R. ejercitó la acción reivindicatoria contra José P. M. y su mujer Consuelo L.P.. En Primera Instancia se desestimó su acción, pero fue estimada en apelación. José P.M. interpuso recurso de casación pero el TS. declaró no haber lugar al recurso.

Aunque la sentencia de la Audiencia había declarado la nulidad absoluta del título dominical del comprador anterior al que inscribió (porque éste, Don José P. M. "había contratado con quien a su vez había comprado a quienes aún no eran dueños de la cosa vendida por no haberse hecho la declaración de herederos"), parece que este pronunciamiento quedó en el ámbito del *obiter dictum* y que la *ratio decidendi* del litigio fue la inscripción de buena fe del segundo comprador, como se desprendería de los Considerandos de la STS., que para nada hizo referencia a la validez o nulidad del título del primer comprador.<sup>16</sup>

A efectos de si el TS. acepta o no la tesis dualista del tercero hipotecario, nos interesa destacar los siguientes considerandos de la sentencia. Si bien el segundo que transcribimos podría generar dudas sobre si el comprador que inscribió era o no un adquirente de un titular

<sup>14</sup> MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1975. Págs., 266 y 267.

<sup>15</sup> MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta ...*, *Op. cit.*, Pág., 267.

<sup>16</sup> MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta ...*, *Op. cit.*, Págs., 267 a 271.

registral anterior, nos inclinamos a pensar que sí lo era, dado el contenido del tercer motivo del recurso de casación que reproduce MOLINA GARCÍA.<sup>17</sup>

"CONSIDERANDO [1º]: Que para resolver el conflicto jurídico producido por la doble venta de una cosa, son aplicables en nuestro Derecho las normas establecidas por el art. 1473 del CC., precepto que, interpretado por la jurisprudencia ha de ser todo el sobre la base de la buena fe (SS. de 13 de mayo 1908, 29 noviembre 1928, 31 octubre 1929, 11 febrero 1946 (RJA. 120/1946 y 30 enero 1960 (RJA. 895/1960). [A esta línea jurisprudencial debe referirse la STS. de 11 de junio de 1954 (RJA. 1870/1954), en el tercer considerando de la segunda sentencia. Sigue esta línea la STS. 8 febrero 2001 (RJA.1166/2001)].<sup>18</sup>

CONSIDERANDO [2º]: Que, *tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del ap. 2º del citado art. 1473*, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro."

De este 2º Considerando parecería desprenderse que el Tribunal Supremo entiende que el art. 1473.2 del CC. hace referencia a fincas inmatriculadas (tesis de VALLET).

En el tercer y cuarto considerandos se sostiene que como en casación ha quedado firme la existencia de la buena fe del comprador inscrito y el recurso de casación no se da contra los Considerandos de la sentencia de instancia que no sean base imprescindible del fallo, perecen los restantes motivos e íntegramente el recurso.

---

<sup>17</sup> "El tercer motivo se centró en lo que entendemos aspecto fundamental de la cuestión ... Se alegaba en él la violación del art. 34 de la LH. ... Es de aplicación, se decía, el citado párrafo 3º [del art. 1473 CC.] y no el 2º del mismo precepto, pese a la escritura inscrita del demandante a su favor, por la mala fe con que éste pretendió la adquisición del inmueble; mala fe que priva al demandante de todo privilegio registral, y, por tanto, no le ampara la vestidura de tercero hipotecario, configurada por la Ley para uso tan sólo de adquirentes de buena fe, como así lo determina el artículo 34 de la LH. De lo expuesto resulta la infracción cometida por el Tribunal de Instancia y acusada en este motivo". (MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1975. Págs., 267 y 268).

<sup>18</sup> Afirman que quien colaboró en la maniobra torticera, o al menos la conoció, no merece protección las STS. 30 noviembre 1967 (RJA. 4867/1967), 31 de diciembre de 1969 (RJA. 1361/1970) y 30 de abril de 1974 (RJA. 1802/1974), precisándose la buena fe en el comprador y la ignorancia sobre la venta anterior - sentencias de 17 diciembre de 1984 (RJA. 6286/1984) y 3 de mayo de 1985 (RJA. 2256/1985). (STS. 8 febrero 2001. RJA. 1166/2001).

En el caso de la STS. de 11 junio 1954 (RJA. 1870/1954), aunque por hipótesis habría podido alegarse por el recurrente infracción del art. 34 LH., ya que el segundo comprador amparado por la sentencia de la Audiencia *no celebró su contrato de compraventa en escritura pública con persona que apareciese en el registro con facultad para transmitir*, sin embargo, fue alegado por el recurrente error de derecho en la apreciación de la prueba, que fue estimado por el Supremo. Éste entendió efectivamente que el segundo comprador *carecía de buena fe* ya que sabía antes de otorgar la escritura de compraventa que la finca cuestionada se hallaba vendida al actor - recurrente, por lo que le faltaba la buena fe que para su aplicación exige el art. 1473 del CC..

En la STS. de 24 de julio de 2000 (RJA. 7142/2000)<sup>19</sup> el TS. viene a sostener en *ratio decidendi* que la doble disposición por un mismo *auctor* (que él califica de venta de cosa ajena) ha de resolverse con arreglo al art. 34 LH. si el segundo comprador reúne los requisitos allí señalados.

La cuestión planteada ante los tribunales versaba sobre una doble disposición por título de compraventa efectuada por el originario propietario de la finca, Don Virgilio R.B.. Éste vendió un inmueble de su propiedad a Don Mozart Julián D. S. por documento privado de 9 de octubre de 1992, entregándole la posesión del mismo. Posteriormente, el 28 de octubre de 1993, volvió a vender el inmueble a los hermanos R. G. por escritura pública, que éstos inscribieron en el Registro de la Propiedad el 18 de julio de 1994.

Don Mozart interpuso demanda solicitando que se declarase que adquirió el dominio del inmueble; que el vendedor viene obligado a elevar a público el documento privado previa la entrega por parte del actor de 3.900.000 ptas.; que se declarase nula la escritura pública otorgada entre don Virgilio y los segundos compradores y la nulidad de la inscripción registral. Su demanda fue desestimada en 1ª instancia e igualmente el recurso de apelación que interpuso, pues en ambos casos los Tribunales apreciaron que los demandados eran terceros hipotecarios con arreglo al art. 34 LH.. Planteado por D. Mozart recurso de casación, también fue desestimado. El recurrente alegó infracción de los arts. 609 y 1462 CC., porque el

---

<sup>19</sup>

Ponente: Antonio Gullón Ballesteros.

vendedor le había entregado la posesión del inmueble que le había comprado en documento privado. El Tribunal Supremo desestima el motivo "por su carencia absoluta de utilidad, ya que la cuestión controvertida en este pleito es la de si los codemandados hermanos R. G. son propietarios del inmueble por haberlo adquirido por compraventa del mismo señor R. B., mediante escritura pública de 28 de octubre de 1993. Esta adquisición la inscribieron a su favor en el Registro de la Propiedad el 18 de julio de 1994. Por tanto, *si ha existido tradición al recurrente, el vendedor ha enajenado una cosa ajena, pero el comprador está protegido si reúne los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria* (RCL 1946\886 y NDL 18732). *Si no ha existido tradición, el problema ha de resolverse de acuerdo al art. 1473 del Código Civil, es decir, en favor de quien inscriba teniendo buena fe, según doctrina constante de esta Sala*". [Realmente en este caso la prioridad del que inscribe primero no deriva de su inscripción sino de haber recibido primero la traditio por lo menos instrumental, como ha señalado la doctrina].

En la STS. 14 junio 2000 (RJA. 4413/2000)<sup>20</sup>, el TS. hace una interpretación coordinada de los arts. 34 LH. y 1473.2 CC. para desestimar el recurso, afirmando respecto de este último (y en contradicción con una línea jurisprudencial) que "no hace exclusión, en su tesis, de la situación producida por contratos consumados, que han de someterse al régimen general del mismo"<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Ponente: José Ramón Vázquez Sandes.

<sup>21</sup> Don Bernardo F.A. (titular de la nuda propiedad) y Don Pedro F. G. B, titular del derecho de usufructo, vendieron por escritura pública de 9 de junio de 1983 a Don José Manuel E.E. la finca registral sobre la que ostentaban los derechos reales indicados inscritos en el folio registral de la misma a sus respectivos nombres. Don José Manuel, que no inscribió, se posesionó de la misma y construyó en ella un invernadero en perfecto estado de funcionamiento. El 20 de enero de 1989, don Bernardo F. A recibió de don Francisco José P. V. un préstamo de 3 millones de pesetas que garantizó constituyendo hipoteca sobre la nuda propiedad de la finca de la que todavía figuraba como titular registral. Dicha escritura se inscribió en el Registro. No satisfecho el préstamo a su vencimiento, el acreedor hipotecario inició el procedimiento del art. 131 LH. que terminó por Auto de 2 de junio de 1992, adjudicando la finca al acreedor don Francisco José P.V., quien inscribió dicha resolución en el Registro el 28 de agosto de 1992.

Don José Manuel instó demanda contra Don Francisco y Don Bernardo solicitando que se declarase su dominio, la nulidad de la hipoteca constituida por Don Bernardo y la cancelación de la inscripción practica por consecuencia de la hipoteca. Don Fernando contestó a la demanda formulando reconvención y solicitando que se declarase que la finca era de su propiedad y que como dueño de la misma podrá ejercitar las acciones que en derecho le correspondan para la restitución de ella frente a don José Manuel. Las sentencias de instancia y de apelación estimaron la reconvención y desestimaron la demanda, por lo que Don José interpuso un recurso de casación que fue desestimado. Entre los motivos alegados por el recurrente figuraba la infracción por aplicación indebida del art 34 de la LH. y la infracción por aplicación indebida del art. 1473 CC en relación con el art. 609 del CC..

La coordinación del art. 1473.2 CC. con los principios registrales de fe pública y legitimación registral se desprende de manera clara de la STS. 24 enero 1969 (RJA. 1969/201)<sup>22</sup>, que en su considerando primero hace las siguientes afirmaciones: " ... la buena fe [es] indispensable en cualquiera de los supuestos que contempla el art. 1473 del CC, incluso en el de su párr. 2º aunque expresamente no lo diga, por imperativo de una interpretación racional y *sistemática* del precepto, en armonía precisamente con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro ordenamiento *en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce*, a la manera como aclaró siempre la doctrina tanto la científica, como la jurisprudencial, contenida esta última entre otras muchas en las SSTS de 29 noviembre 1928, 31 octubre 1929, 11 febrero 1946 (RJA 1946\120), 17 noviembre 1959 (RJA 1959\4713) y 30 enero 1960 (RJA 1960\895); ..."

La sentencia del TS. de 16 de febrero de 1981, (RJA 1981/528), pone en coordinación, si bien en *obiter dicta*, los arts. 1473.2 CC. y 34 LH, viniendo a afirmar que de acuerdo con el citado precepto del Código, es el segundo comprador quien adquiere la propiedad, siempre que medie buena fe, la cual consiste en el "creer o ignorar si la situación registral era exacta o no, respecto de la titularidad dominical que proclama, según puntualiza, a los fines registrales el art. 34 de la L.H."<sup>23</sup>

---

Nos preguntamos dónde se notificó el procedimiento de ejecución hipotecaria y si lo conoció el verdadero dueño, aunque a ninguna ausencia de buena fe alude el recurrente.

<sup>22</sup> Ponente: Beltrán de Heredia.

<sup>23</sup> Ponente: José Beltrán de Heredia y Castaño.

Isidro B.B. otorgó un préstamo a María del Pilar V.M con garantía hipotecaria sobre un inmueble urbano propiedad de ésta, inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad. El crédito no fue satisfecho a su vencimiento, iniciando el acreedor el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH. Éste terminó con auto de adjudicación de la casa hipotecada, de 3 de junio de 1974, el cual quedó firme y fue inscrito con fecha 9 de julio de 1974. La deudora hipotecaria, de otra parte, parecería que con posterioridad a la constitución de la hipoteca, aunque tenemos dudas al respecto, vendió por separado los diferentes pisos y locales comerciales de la casa hipotecada. Uno de ellos, el segundo A, fue vendido en documento privado de 5 de octubre de 1970 a Alfredo F. C., libre de cargas y gravámenes, contrato que se elevó a escritura pública el 27 de mayo de 1974 y que no tuvo acceso al Registro. Ante la negativa de Alfredo F. C. a abandonar el piso, Isidro B. B. interpuso acción reivindicatoria, que fue estimada en instancia, confirmándose la sentencia de instancia por la Audiencia. Alfredo F. C. recurrió en casación, alegando, como primer y segundo motivo, interpretación incorrecta del art. 1473 CC. y aplicación indebida del art. 38 LH. en relación con los artículos 32 y 34.

El Tribunal Supremo desestima ambos motivos porque el recurrente plantea cuestiones nuevas que no fueron debatidas en el período de alegaciones de la primera instancia, cuestiones nuevas que tienen vedado su acceso a la casación.



En términos similares, si bien esta vez en *ratio decidendi*, se pronuncia la sentencia del TS. de 27 septiembre 1996. (RJA. 1996/6645). En ella, si bien se habla de un principio de prioridad registral formulado en el art. 1473.2 CC., se pone de relieve la necesidad de buena fe del comprador preferido señalada por reiterada jurisprudencia de la Sala, (STS. 23 enero 1989, que cita las de 16 de febrero y 16 marzo 1981 (RJA. 1981/915)), la cual sentencia afirma que "la buena fe en el campo de los derechos reales, en la perspectiva que aquí tiene lugar, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y concordantes del cc.), sino de conocimiento según se evidencia con las dicciones de los arts. 433 y 1950 de nuestro Código Sustantivo que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente *con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominical que proclama, según proclama a los efectos registrales el art. 34*". Parecería desprenderse, pues, que la buena fe exigida por la jurisprudencia del TS., para que la propiedad pertenezca al comprador que antes haya inscrito en el Registro es una buena fe fundada en la confianza en un asiento registral y en la ignorancia de la inexactitud del mismo, vía por la que se pondría en relación el art. 1473.2 CC. con el art. 34 LH..

El caso de autos versaba sobre la preferencia entre dos adquisiciones del mismo inmueble por adjudicación en distintos juicios en que dicho inmueble fue embargado.

El actor, Matías S., tras terminar de hacer efectivo el precio alcanzado en la subasta, entró en posesión del inmueble y realizó actos dominicales sobre el mismo, siendo otorgada en su favor escritura pública de compraventa por el Juzgado el 21 de marzo de 1986. Por su parte, el demandado, Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), obtuvo adjudicación del mismo inmueble el 2 de octubre de 1985, practicándose inscripción registral el 9 de enero de 1986. Motivo por el cual, 5 de junio de 1986 fue denegada la inscripción registral a Matías S, por figurar ya la finca vendida a nombre de una persona (Banesto), distinta del titular registral demandado en el juicio de

---

En nuestra opinión, pareciendo que la hipoteca se verificó *a domino* antes de la venta extrarregistral, consideramos que los Tribunales de instancia debieron entender simplemente que la hipoteca, constituida primeramente en el tiempo, perjudicaba a todo tercer adquirente posterior, y, por lo tanto, al comprador, por lo que éste debía soportar el gravamen y la posibilidad de perder su propiedad por ejecución de la hipoteca. Es decir, el caso pudo resolverse por aplicación de criterios meramente civiles, sin recurrir a la aplicación de la fe pública registral.

cognición. En apelación se declaró nula la adjudicación a Banesto y su inscripción, declarándose el dominio de la finca a favor del actor. La Audiencia había declarado la ausencia de buena fe en Banesto.

Éste recurrió alegando infracción del art. 1473.2 CC., 38 y 34 LH.. Los tres motivos fueron rechazados por el Tribunal Supremo, quien tras las consideraciones anteriormente explicadas, se pronunció del siguiente modo:

"Declarada por la sentencia recurrida, a través de un detenido examen de las pruebas aportadas a los autos, la ausencia de buena fe en << Banco Español de Crédito, S.A. >> sin que ello haya sido atacado ni, por tanto, desvirtuado en este recurso, han de rechazarse los tres motivos articulados que parten de una inexistente buena fe de la entidad recurrente por lo que, no obstante haber tenido acceso al Registro de la Propiedad su título de dominio, ha de reconocerse preferencia a la adquisición del actor recurrido, de acuerdo con el repetido art. 1473.2 del CC. y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sin que pueda beneficiarse la recurrente de la protección registral que dispensa el art. 34 de la Ley Hipotecaria pues, como dice la antes citada Sentencia de 30 junio 1986 << la exigencia de la repetida buena fe resulta presupuesto necesario para que opere la protección privilegiada que en dicho fundamental precepto se contiene >>.

Junto a la STS. de 27 septiembre 1996 (RJA. 1996/6645), argumenta en la misma línea en *ratio decidendi*, la STS. 25 noviembre 1996 (RJA. 1996/8559), fundamento de derecho segundo, haciendo suyo el razonamiento vertido por la sentencia recurrida.

## **2.5. Aplicación del art. 1473.2 CC. aislada del art. 34 LH..**

Tal aplicación se produce en la STS. 29 julio 1999. (RJA. 1999/5909). El caso de autos que dio lugar a la misma se puede resumir de la siguiente manera:

Sobre la finca registral litigiosa se produjo una primera ejecución (derivada de juicio ejecutivo) que culminó con la venta en subasta de la finca en favor del Sr. G.C., el cual la cedió al Sr. Q. Pese a que se produjo el pago íntegro del precio, ni se otorgó la escritura

pública por la que se consumaba la venta con arreglo al art. 1514 LEC antigua (en su redacción anterior a la Ley 10/1992), ni se inscribió la adquisición en el Registro, si bien el Sr. Q ocupó la finca, pero sin haberse sujetado a las formalidades exigidas por la ley para la toma de posesión y adquisición en forma del bien subastado. La finca registral litigiosa continuó, por tanto, inscrita a nombre de los antiguos propietarios ejecutados.

Con posterioridad se produjo una segunda subasta de la misma finca en otro juicio ejecutivo contra los mismos propietarios titulares registrales. En este caso, si que se otorgó escritura pública de compraventa en favor de los compradores (José Miguel P.S., M<sup>a</sup> del D.V.C., Luis H.C. y Rosa V. del C.), la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

La sociedad Quibor, S.A., a la cual había aportado el Sr. Q. la finca litigiosa ejercitó acción declarativa de dominio y nulidad de la compraventa celebrada en la segunda subasta, siendo desestimada su demanda por el Juez de 1<sup>a</sup> Instancia. Planteado recurso de apelación la Audiencia estimó el recurso y por consiguiente la demanda, declarando el dominio de Quibor 90, S.A., y declarando nula la segunda compraventa, acordando la cancelación del asiento registral en el que figuraba inscrito el dominio de la finca a favor de los segundos compradores.

Frente a esta sentencia, los segundos compradores interpusieron recurso de casación, denunciando la inaplicación al caso de la teoría jurisprudencial interpretativa del art. 1514 de la LECA., anterior a la reforma de la Ley 10/1992, según la cual, la primera compraventa (perfeccionada con la aprobación del remate) no habría sido consumada por faltar la escritura pública de compraventa, motivo por el cual la sentencia de la Audiencia no podía reconocer el dominio, como había hecho, en favor del primer comprador. Por el contrario, la segunda venta forzosa reunía todos los requisitos legales para prevalecer frente a la primera, al haber sido formalizada mediante escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad. (Motivo 1º)

Además se alegaba infracción por inaplicación del art. 1473 CC.. (Motivo 3º).

El Tribunal Supremo estimó el recurso, casó la sentencia de la Audiencia y desestimó la demanda de Quibor S.A..

Se estimó el motivo 1º, y con él, el recurso, por entender el Tribunal Supremo que la primera venta no había sido, en efecto, consumada (por lo que se había producido la inaplicación denunciada). Alega el Tribunal que pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil, no cabe trasladar íntegramente lo previsto para el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pues éste es un negocio jurídico formal, cuyos requisitos previstos en la ley, son garantía de la seriedad de la oferta pública que le caracteriza. No sirve, por lo tanto, como modo, en tales ventas forzosas, la posesión de la finca que no se otorgó conforme a las formalidades exigibles, no existiendo por ello consumación de la primera venta.

Añade además el Tribunal que, dada la similitud del caso con la doble venta a la que se refiere el art. 1473 CC. (para cuya tipificación, ha dicho antes, es preciso, según reiterada jurisprudencia, la no consumación de la primera, como ocurre en este caso), y dado que donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable, debe otorgarse validez y primacía a la segunda venta forzosa, por estar la escritura pública justificativa de la adquisición inscrita en el registro y reunir los adquirentes el requisito jurisprudencial de la buena fe<sup>24</sup>.

Por lo tanto, hay que notar que el TS. realiza en este caso una interpretación del art. 1473.2 CC. aislada del art. 34 LH., reconociendo la primacía para el comprador que primero inscribe su escritura pública con buena fe, pero ostentándose tal primacía, sobre la base de tales requisitos, *frente a otro primer contrato de compraventa perfeccionado, más no frente a un título de dominio de un verus dominus extrarregistral*. Para que el art. 1473.2 CC se aplique en estos términos es precisa la no consumación de la primera venta, pues en otro caso, si estamos ante una venta de cosa ajena, como dice la Jurisprudencia del TS. (hay una doble disposición por título de venta), procede la aplicación del art. 1473.2 CC. en relación con el art. 34 LH., o la consideración del supuesto como de venta de cosa ajena con las consecuencias jurídicas propias de ésta.

<sup>24</sup> Según la ST. que comentamos, la buena fe exige (STS. 17 diciembre de 1984 (RJA. 1984/6286)), ignorancia en el segundo comprador de que la cosa adquirida haya sido objeto de una venta anterior. En el caso se aprecia buena fe porque todas las anotaciones de embargo practicadas aparecían canceladas por caducidad o por mandamiento de cancelación.

*Quizás es la posibilidad de esta aplicación aislada del art. 1473.2 CC. la que motiva que la jurisprudencia insista tanto en que sólo hay doble venta cuando al perfeccionarse la segunda venta, la primera no ha sido consumada todavía. La consumación de la primera venta impediría tal aplicación aislada del art. 1473 y obligaría a contemplar el supuesto bajo las reglas que rigen las adquisiciones derivativas del dominio y bajo la posible actuación de la fe pública registral. Parece, por lo tanto, que la Jurisprudencia no contemplaría una aplicación del art. 1473.2 CC. (en relación con un autónomo art. 32 LH.), frente a un título de dominio existente con anterioridad al título de dominio inscrito.*

Si el segundo comprador que primero inscribió en el Registro no ostentase buena fe , entonces, la aplicación aislada del art. 34 LH. del art. 1473.2 del CC. (en el supuesto de hecho que hemos descrito antes) daría lugar a la primacía del primer comprador. Esta doctrina es la que sienta el Tribunal Supremo cuando afirma que debe prevalecer la primera venta, aunque ésta se hiciera por documento privado y la segunda lo fuera por escritura pública y se inscribiera en el Registro, *si al segundo comprador le falta el requisito de la buena fe*, ya que la preferencia otorgada por el párrafo segundo del art. 1473 CC. al comprador que inscribe en el Registro descansa en el indispensable requisito de la buena fe. STS. 11 junio 1954 (RJA. 1954/1870), 18 febrero 1974 (RJA. 1974/924), 16 febrero 1981, 17 diciembre 1984 (RJA. 1984/6286) y 31 enero 1985, 20 julio 1990, y 1 junio 2000. (RJA. 2000/4398).

En el fondo, este segundo comprador que inscribió primero sin buena fe, fue un comprador, primero en la posesión (por medio de *traditio ficta*), sin buena fe, como ha señalado la doctrina.

Una aplicación aislada del art. 1473.2 CC. en el sentido expuesto estuvo presente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que dio lugar al recurso de casación resuelto por STS. 25 octubre 1999 (RJA. 1999/7623), aplicación que el T. S explica y defiende antes de responder al motivo quinto del recurso. En el caso de autos, que versaba sobre una doble venta forzosa de un mismo inmueble, el primer comprador, no pudo obtener la escritura pública de compraventa, ni por lo tanto inscribir, ante ciertas maniobras del deudor ejecutado (que estaba en connivencia con el segundo comprador). Este segundo comprador

obtuvo escritura pública de compraventa judicial el 30 de marzo de 1982, inscribiendo la misma, y el primer comprador sólo pudo obtener su escritura pública tras una sentencia firme recaída en 1984, resolviendo un incidente de nulidad de actuaciones. El segundo comprador, fue por lo tanto, primero en recibir la *traditio ficha* y en inscribir, frente al contrato de compraventa anterior. Aplicando el art. 1473.2 en el sentido explicado, la Audiencia declaró la nulidad del título del segundo comprador y ordenó la cancelación del asiento registral por haber ostentado el segundo comprador mala fe en la conducta determinante de la transmisión negocial. El TS. explica y defiende tal aplicación al afirmar frente a las alegaciones del recurrente: "se trata a toda costa de criticar la decisión de la Sala sentenciadora de que, en el caso de autos, la prevalencia del título del actor [primer comprador] frente al del demandado [segundo comprador] y por tanto la nulidad que se declara del título de éste, *proviene porque en la actuación por parte de aquél, es atrayente de la mala fe en su decurso negocial, y que, por lo tanto, no acaece el principio general de información en el caso de doble venta, que está presente en el art. 1473 del CC. sobre todo en su párrafo 2º, y que por el contrario, igualmente resplandece según la Sala, la buena fe del actor recurrido.*"<sup>25</sup>

25

MOLINA GARCÍA sostiene una postura semejante a la aquí expuesta, tras su estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la doble venta.

Para MOLINA GARCÍA el art. 1473.2 CC. tiene su desarrollo y limitación en diversos preceptos de la LH. y del CC., preceptos que debilitarían la protección que el comprador va buscando en la inscripción de que habla el art. 1473.2 CC.. "Así que de un modo paladino sólo dispensa su virtualidad protectora la inscripción a que se refiere el artículo 1473.2º, del CC. cuando el primer comprador adquiere mediante documento privado, no toma posesión real de la finca y el segundo comprador inscribe, *o también cuando se trata de dos compraventas en que ha mediado tradición ficta en ambas, en cuyo caso prevalecerá la primera que se inscribe.*

Claro, que todo esto contando con la presencia de la buena fe, ..." (Cva. y negr. ntras.).

Esta última afirmación de MOLINA GARCÍA que hemos subrayado en negrita parecería estar contradicha por la STS. 12 julio 1996 (RJA. 1996/5581), si bien ello se deduciría del contexto global de la sentencia pues en ella no se discute si un segundo comprador que simplemente reúne los requisitos de inscripción y buena fe debe o no ser preferido frente al *verus dominus* que recibió *traditio ficta*.

En el supuesto litigioso origen de la misma, el primer comprador por escritura pública, y que, por lo tanto, recibió una *traditio ficta*, (la sentencia no hace referencia a que tuviera la posesión material de la finca, aunque no obstante, pensamos que quizás era lo más probable dada la clase de acción ejercitada por el actor) ve decaer su derecho de propiedad frente a un segundo comprador por escritura pública *que reúne los requisitos del art. 34 LH.*

**3. Casos de conflicto de títulos hipotéticamente subsumibles en el art. 32 LH, o lo que es lo mismo, casos de inexactitudes procedentes de la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria (art. 40.a), en relación con el art. 40 *in fine*, 32 y 34 LH.).**

El supuesto litigioso que dio origen a la STS. 8 marzo de 2001 (RJA. 3975/2001)<sup>26</sup>, es un supuesto claro de conflicto entre título inscrito y título no inscrito provenientes de un mismo originario causante.

Isabel T. celebró el 14 de enero de 1972 un contrato de permuta de cosa futura con Sebastián M. y Miguel M. en documento privado. Por virtud de dicho contrato, Isabel T. cedía un solar para ser edificado, a cambio de unos pisos en la edificación que se obligaban a construir los Sres. M. y M. Éstos adquirieron la propiedad del solar al concurrir el título y la toma de posesión del mismo.

El 30 de agosto de 1972, los Señores M. y M., siendo propietarios y no habiendo sido resuelto el contrato de 14 de enero de 1972, vendieron por documento privado uno de los futuros pisos del edificio a don Justo G. L., haciéndole entrega de la posesión del piso el 24 de julio de 1981, quien lo seguía poseyendo en el instante de iniciarse el pleito por la interposición de su demanda.

En una fecha que no consta, y sin que conste que se hubiese resuelto el anterior contrato de permuta, Isabel T. volvió a ceder el solar a Don Arsenio R. quien terminó la edificación que no habían terminado los Sres. M. y M..

El 29 de julio de 1981, Arsenio R. presentó en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva del edificio y división en propiedad horizontal. En esta misma fecha vendió en escritura pública a Don Juan Manuel C.T., hijo de Isabel T, el mismo piso objeto del contrato de 30 de agosto de 1972.

Don Justo interpuso demanda ejercitando la acción declarativa del dominio y solicitando la nulidad y cancelación de la inscripción el Registro de la titularidad del demandado. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocando la de primera instancia, estimó la demanda. D. Juan Manuel C. T. recurrió en casación.

El recurrente no invocó en su favor infracción del art. 32 LH., sino del art. 34 LH. y concordantes que no citó, *por lo que el TS. no pudo pronunciarse sobre el tercero del art. 32 LH.*

El T. S. rechaza el motivo (y los demás del recurso, y por lo tanto, éste en su totalidad), alegando (como *ratio decidendi* del fallo) que si bien el recurrente por su compraventa de 29 de julio de 1981 *adquirió a título oneroso el piso de quien era titular registral e inscribió su adquisición, para ser el tercero hipotecario al que protege el principio de la fe pública registral que proclama el art. 34 LH., le falta el requisito de la buena fe* "que si bien se presume, no se da en el recurrente, hijo de quien transmitió una cosa ajena, estudiante que, por profesión, carece de ingresos propio y, jurídicamente más importante, *la buena fe significa el desconocimiento de la inexactitud ... [del Registro]; no sólo significa el desconocimiento total, sino también la posibilidad de conocer la exactitud. En el caso presente, ante una casa habitada que había sido objeto de complicados avatares jurídicos, el adquirente sabía o podía saber con sólo acudir a la misma, que había persona que era propietario por adquisición anterior, pese a la titularidad formal del Registro.*"

El supuesto contemplado en la STS. 25 marzo 1994 (RJA. 2535/1994)<sup>27</sup> es un claro caso de conflicto entre título no inscrito (parece que compraventa otorgada en escritura pública que implica traditio instrumental, y ésta transmisión de la posesión real, pero sin haberse sucedido la entrega o posesión material, aunque este último extremo es dudoso), y título inscrito, ambos provenientes de unos mismos vendedores.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup>

Ponente: Jaime Santos Briz.

<sup>28</sup>

La Sociedad Dermo Farmacia de Vichy adquirió por escritura pública el 23 de julio de 1979 un inmueble vendido por G.L., G.N., V.A. y sus respectivas esposas, inmueble que estas personas habían adquirido de D.<sup>a</sup> Joaquina G. R. -C.. El Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz obtuvo en su favor un Auto de 10 de enero de 1985, por el que se le adjudicaba el dicho inmueble, a consecuencia de un expediente ejecutivo de apremio administrativo seguido por débitos fiscales, contra G.L., G.N. y V.A.. El inmueble fue inscrito en el Registro de la Propiedad el 18 de junio de 1985, a nombre del Ayuntamiento, en virtud de certificación



El Ayuntamiento recurrente alegó aplicación indebida (*sic*) del artículo 1473.2 del CC. en relación con el art. 606 del mismo CC. y art. 32 de la LH. y de la jurisprudencia al efecto, aunque del contexto del fundamento de derecho tercero de la STS. el lector tiene la impresión de que el recurrente debía querer alegar infracción por no aplicación de tales preceptos.

El TS. (fundamento de derecho 3º) niega que haya habido infracción de los preceptos legales invocados, ni del art. 34 LH., "que aunque no se invoca en el principio del motivo, *por considerarlo - al parecer - no aplicable, si se cita después y ha de tenerse en cuenta para llegar inevitablemente a la desestimación de aquél* en virtud de las siguientes consideraciones fáctico - jurídicas. A continuación el Tribunal:

Descarta la aplicabilidad del artículo 1473 del CC. al presente caso, ya que para que exista una doble venta es preciso "según ha declarado reiteradamente esta Sala [Sentencias de 7 abril 1971 (RJA. 1971\2272), 30 junio 1986 (RJA. 1986\4403), 11 abril y 17 noviembre 1992 (RJA. 1992\3096 y RJA. 1992\9234), 8 marzo 1993 (RJA 1993\2052) y otras]", que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada, **"pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto. ... Ya con anterioridad se había declarado [Sentencias, entre otras, de 1 junio 1948 (RJA. 1948\954)] que el artículo 1473 no se refiere al supuesto de dos ventas, realizada la primera por quien podía hacerlo para disponer de la finca y la segunda por otra persona que no podía disponer de la cosa objeto del contrato por no encontrarse ya en su patrimonio.**

---

expedida por el Alcalde y relativa al dominio de la finca por título de adjudicación. En dicho momento se verificó también la inscripción de la venta que D.ª Joaquina hizo a los deudores.

Vichy, S.A., tras reclamar en vía gubernativa contra el Ayuntamiento, ejercitó ante los Tribunales acción reivindicatoria, solicitando en la demanda que se declarase que la finca adquirida por escritura pública de 23 de julio de 1979, era de su plena propiedad; que el Auto de 10 de enero de 1985 era nulo; y que se condenase al Ayuntamiento a reintegrar en la posesión de la finca a la actora, poniéndola a su disposición, y que se declarase nula y cancelable la inscripción causada en favor del Ayuntamiento. Los Sres. G.L., G.N. y V.A. se allanaron incondicionalmente.

La sentencia de instancia estimó las pretensiones de la actora y en apelación, fue confirmada. El Ayuntamiento recurrió en casación, siendo desestimado el recurso

Afirma que es indiscutible la entrega de la cosa a la entidad recurrida por medio de la tradición instrumental, a efectos de adquirir el dominio y título suficiente para el éxito de la acción reivindicatoria, ya que nada se deduce claramente en sentido contrario de la misma escritura.

Finalmente señala que **"nada denota en contra de la posición jurídica de la entidad recurrida la norma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria**, ya que este precepto, como ha declarado esta Sala [Sentencias de 29 mayo 1970 (RJA. 3417/ 1970) y 8 mayo 1982 (RJA. 2559/1982)] *presupone la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa*<sup>29</sup>; *circunstancias fácticas estas últimas no existentes en el supuesto debatido y sobre las que, por consiguiente, ningún derecho de terceros puede basarse, máxime cuando de una interpretación declarativa del artículo 34 de la Ley Hipotecaria resulta que la entidad recurrente nunca pudo tener la consideración de tercero protegido por la fe pública registral, ... y ello en cuanto, según las Sentencias de 23 mayo 1989 (RJA. 3878/1989) y 15 noviembre 1990 (RJA. 8712/1990)*<sup>30</sup>, **el contenido registral por el que entra en juego la protección que deriva del asiento no procede de éste mismo sino de los asientos que le anteceden, principalmente de que el disponente sea titular inscrito**; lo que, reiterando lo dicho, no se da en esta litis, puesto que los transmitentes carecían del dominio por haberlo enajenado a la entidad recurrida con cuatro años de anterioridad".

En nuestra opinión, del contexto del fundamento de derecho 3º y de esta última argumentación, se desprendería que el Tribunal Supremo descarta, como *ratio decidendi* de su

<sup>29</sup> En la STS. 29 mayo 1970 se desestima que la sentencia recurrida haya infringido el art. 34 LH., como alega el recurrente, porque dicha resolución sienta "que tanto el actor como aquellos titulares registrales de quienes, a partir del año 1956 traía causa *conocían perfectamente la inexactitud de la superficie que figuraba registrada, por pertenecer una parte de la misma - que a simple vista se apreciaba - a otras personas que legítimamente la habían adquirido y les pertenecía*". Por lo que no habiendo sido combatida esta premisa, que ha de permanecer inmutable, y consistiendo el requisito de la buena fe que exige el art. 34 LH. en el "desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente, o lo que es igual, el desconocimiento o la ignorancia por parte del comprador de la existencia de una posible inexactitud registral", el motivo no puede prosperar.

<sup>30</sup> En la STS. de 15 noviembre 1990 se desestima que haya existido infracción del art. 34 LH y de la Jurisprudencia interpretadora del precepto, porque en el titular inscrito concurren todos los requisitos para que conforme al art. 34 LH. se haga inatacable su adquisición, no habiéndose acreditado en la instancia su mala fe, La acción reivindicatoria ejercitada quedaba así definitivamente enervada *por la actuación del art. 34 LH.*

fallo, una interpretación autónoma del art. 32 LH. aislada del art. 34 y del principio de fe pública registral.

En el caso que dio lugar a la STS. 10 diciembre 1999 (RJA. 9484/1999), los títulos en conflicto consistían en una compraventa en documento privado de un chalet, seguida de entrega, con una compraventa posterior realizada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad.

La primera compradora, recurrente, alega que la sentencia dictada por la Audiencia en grado de apelación vulnera la doctrina jurisprudencial sobre la distinción entre la doble venta y la venta de cosa ajena. Al parecer, la Audiencia había calificado a la situación litigiosa como su puesto de doble venta. El TS. desestima el motivo alegando que si bien es cierto que la regulación de la doble venta en el art. 1473 CC no es de aplicación cuando alguno de los contratos de compraventa se ha consumado antes de la perfección del otro u otros, ello no es suficiente para casar la sentencia recurrida, porque la segunda compradora inscribió su adquisición en el Registro *"concurriendo en ... [ella] ... los requisitos exigidos para su protección legal (art. 34 LH.), según la Sentencia recurrida."*

*Destacamos a continuación el fundamento de derecho cuarto de la STS. porque de él se desprende el concepto latino de ausencia de concierto fraudulento, que debió tener en cuenta para la resolución del caso litigioso la Audiencia Provincial.*

Alegaba la recurrente vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la protección tabular del segundo adquirente. En su defensa decía que la segunda compradora no tenía buena fe al adquirir el chalet, porque con una diligencia mínima hubiera podido enterarse de que estaba ocupado por una familia, y que había asistido a las juntas de propietarios como la recurrente. En consecuencia, no podía estar protegida por el art. 34 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo desestimo el motivo porque implicaba introducir una cuestión nueva en casación:

*"El motivo plantea el problema de la valoración por esta Sala de la buena fe. Contra lo sostenido por la recurrente, la Sentencia recurrida expone en su fundamento tercero que la*

*apelante (hoy recurrente) no ha probado que hubiera ninguna connivencia entre GESEC [doble vendedora] y CARTEMAR para privarla de sus derechos. Por tanto, la mala fe de CARTEMAR resultaba de aquella connivencia, con lo que no se apartaba de lo expuesto en la demanda. Ahora, en casación, la recurrente (actora y apelante con anterioridad) cambia, y pretende que esta Sala declare la mala fe con base en los hechos que se han expuesto, y ello es introducir una cuestión nueva en este recurso excepcional, que la doctrina de esta Sala ha vedado siempre para no quebrantar los principios de contradicción y audiencia de parte. Además, con la misma reiteración ha negado que puedan valorarse de nuevo las pruebas, dando como probados hechos que no han sido recogidos en la Sentencia recurrida como tales, y que el Tribunal Supremo no es una tercera instancia.*<sup>31</sup>

Un caso de conflicto entre título inscrito y título no inscrito es el que dio lugar a la STS. 8 abril 1998 (RJA. 1998/10411)<sup>32</sup>. Estrella M.V. compra e inmatricula en el Registro de la Propiedad por la vía del art. 205 LH., un edificio y un terreno de 1990 m2.. Dicho terreno es reclamado por los vecinos de Málvarez como propiedad del común de todos ellos. En 1ª y 2ª instancia se desestimaron las pretensiones de los vecinos. Planteado por éstos recurso de casación, el TS. estimó el recurso y casó la sentencia recurrida, declarando la propiedad de los vecinos sobre el terreno discutido. Reproducimos a continuación la *ratio decidendi* del fallo casacional del T.S., el cual evidenciaría la posibilidad de rectificar un asiento registral sobre la base de un título de dominio extrarregistral mientras no juegue el principio de la fe pública ni se perturben los derechos a que se refiere el último párrafo del art. 40 LH.. Obsérvese, sin

<sup>31</sup> En *obiter dicta* el T. S. parecería afirmar que, el hecho de estar poseída materialmente la finca, adquirida por el segundo comprador, no permitiría presumir su mala fe, ya que tal ocupación puede hacerse por títulos distintos de un contrato de compraventa. Si bien más adelante añade que la buena fe ha de apreciarse en el momento de la adquisición y que no se ha probado en el pleito ni se dice en defensa del motivo que la ocupación material del inmueble tuviese lugar antes de la adquisición por el segundo comprador. "Aunque se prescindiese de todas estas consideraciones, los hechos alegados para presumir la mala fe no son unívocos en ese sentido. La ocupación de una vivienda puede hacerse por títulos distintos de un contrato de compraventa (precario, arrendamiento, etc.) y no hay que olvidar que la recurrente no tenía ningún título inscrito, su adquisición la hizo en documento privado. La asistencia a las juntas es todavía más incolora jurídicamente como la realidad demuestra, si no se prueba que los asistentes sabían exactamente qué propiedades tenía cada uno de los demás. Además, la buena fe ha de apreciarse en el momento de la adquisición, que tuvo lugar por CARTEMAR en octubre, mientras la recurrente adquirió en junio del mismo año. No se ha probado en el pleito, ni se dice en defensa del motivo, que los hechos que en él se exponen ocurriesen en ese escaso intervalo temporal."

<sup>32</sup> Ponente: José Ramón Vázquez Sandes.

embargo, que esta conclusión que nosotros extraemos se apoya en un argumento *obiter dicta*, porque el verdadero motivo que dio lugar a la casación fue la falta de tradición real e instrumental en el negocio jurídico dispositivo (por falta de posesión mediata o inmediata de los transmitentes), falta que motivaba que del negocio no se derivase efecto perjudicial para los propietarios y poseedores, que podían demandar la declaración de su dominio frente a quien ostentaba un título inexistente que contaminaba de inexistencia la inscripción registral, no siendo ésta convalidable (art. 33 LH.). Ahora bien, este argumento del TS. evidenciaría que no existe en el Derecho español una regla rígida de que todo título no inscrito no perjudica a tercero inscrito por el hecho de su inscripción registral, sino más bien, que el Derecho Civil puro juega en tanto no entra en funcionamiento el principio de fe pública registral.

"OCTAVO.- Esa acreditada posesión comunal va a ser impedimento suficiente para que la venta efectuada a la demandada personada [Estrella M.V.] produzca los efectos transmisores del dominio que son propios de la compraventa consumada, *pues no se ha producido, ni podía producirse, la tradición real* al no tener los transmitentes la posesión del objeto, *ni se ha producido tampoco, con la elevación a pública de la escritura privada de venta, la tradición instrumental* porque como ha dispuesto el Tribunal Supremo en Sentencias de las que podemos citar las de 31 octubre 1951 (RJA 1951\2634), 2 abril 1957 (RJA 1957\1579), 30 enero 1960 (RJA 1960\895) y 30 septiembre 1964 (RJA 1964\4101) *para ello era necesario que los transmitentes en esos aparentes contratos tuviesen verdaderamente la posesión mediata o inmediata del inmueble que dicen transmitir* por lo que del contrato no se deriva efecto alguno que pueda perjudicar a quienes siendo realmente propietarios y poseedores nada han transmitido y, por lo mismo, pueden reivindicar ante la desposesión que trata de imponérseles por quienes no tenían titularidad para transmitir en un negocio que, por ello, es inexistente hasta arrastrar la inexistencia de la inscripción registral de su título lograda por el trámite del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732) ya que así lo establece su artículo 33 porque la inscripción no convalida el contrato inexistente sino que se contamina de esta inexistencia y no puede perdurar en sus efectos registrales puramente formales, sino que ha de ser anulada o rectificada cuanto que, además, aquí no juega el principio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley al faltar el

sustrato personal en que este precepto se basa, no se perturban derechos como trata de salvar el último párrafo del art. 40 en relación con el de la letra d) y se da el supuesto de su párrafo antepenúltimo en su integridad con la consecuencia que dice el artículo 53 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642 y NDL 18733) de ordenarse cancelar, en lo que se refiere al Campo de Malvárez - todo lo que no es edificación de la casa escuela y sus anexos -, el asiento de inscripción de la finca 10.928 del Registro de la Propiedad de Ordes .... Todo lo expuesto, que absorbe el que se titula tercer motivo del recurso bajo reiteración de alegaciones ya tratadas, lleva a casar la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña aquí recurrida, a revocar la sentencia dictada en estos autos por el Juzgado de Primera Instancia de Ordes, que la anterior confirma en apelación, y a estimar la demanda rectora en sus pedimentos a), b) y c) ... ".

Otro caso de conflicto de títulos hipotéticamente subsumible en el autónomo art. 32 LH. fue el estudiado por la STS. 23 mayo 2002. (RJA. 6422/2002). El recurso de casación, sin embargo, no fue resuelto en base al mismo, pues los recurrentes no alegaron infracción del art. 32 LH. sino del art. 34 LH.. Los recurrentes invocaban para sí la condición de terceros hipotecarios frente al *verus dominus* extrarregistral, que había adquirido el local litigioso de la titular registral, en fecha bastante anterior a la escritura pública de compraventa suscrita entre la titular registral - doble disponente (Cooperativa de viviendas ...) y los demandados - recurrentes en casación.

El Tribunal Supremo niega que la sentencia de la Audiencia Provincial, que había declarado propietario al primer adquirente y dado lugar a la reivindicación de la finca, haya infringido el art. 34 LH. por haber sido probado que los recurrentes en casación (segundos compradores) en el momento de otorgar la escritura pública de compraventa con la Cooperativa de viviendas - titular registral, *conocían la inexactitud del Registro y el título anterior del primer adquirente*. (Escritura de compraventa derivada de adjudicación en subasta del local litigioso, y otorgada por el juez en sustitución legal de la Cooperativa de viviendas).

En la STS. 5 diciembre 2002, RJA. 10429/2002, el dominio extrarregistral de Interspain S.A. cede ante la adquisición *a non domino* efectuada por Luisiana S.A., al confirmar el Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que había considerado a Luisiana S.A. tercero hipotecario.

La *verus dominus* extrarregistral recurrió en casación planteando en el cuarto motivo de su recurso el tema del momento de la concurrencia de la buena fe. Luisiana S.A. *había adquirido el 18 de febrero de 1986, y con posterioridad, pero antes de practicarse la inscripción en su favor*, Luisiana S.A., por requerimiento notarial le había advertido de su titularidad extrarregistral.

El TS. desestima el motivo por entender que el momento decisivo para la buena fe es el de la adquisición, siendo el momento de la inscripción decisivo para la condición de tercero hipotecario. Sigue así la sentencia, una jurisprudencia reiterada que recoge en su fundamento de derecho tercero:

"La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia reiterada estiman que ... [el momento de la concurrencia de la buena fe] ... es el momento en que el tercero adquiere a título oneroso: sentencia de 29 de marzo de 1960 (<< momento de la adquisición del inmueble>>), 3 de octubre de 1963 (RJA 1963/3964) (<< momento de la tradición>>), 2 de julio de 1965 (RJA 1965/3692) (<< momento en que se consuma el acto traslativo del dominio del inmueble>>), 31 de enero de 1975 (RJA. 1975/269) (<< momento de la adquisición del inmueble>>). Lo cual se reitera: tal como dice el art. 34 LH. la fe pública registral se aplica al << tercero que de buena fe adquiera >> y es este el momento - adquisición - básico para la concurrencia de la buena fe."

En el quinto motivo se planteó al parecer el verdadero fondo del asunto. La recurrente alegaba infracción del art. 34 LH., insistiendo en que, cuando Luisiana S.A. adquirió la finca Interspain S.A. *ya había adquirido válidamente*. El TS. admite que en efecto las cosas ocurrieron así y que la titularidad registral no coincidía con la titularidad extrarregistral, auténtica, pero niega que la sentencia de la Audiencia haya infringido el art. 34 LH. porque precisamente dicho precepto recoge el principio de fe pública registral, el cual, dice, "es un

principio *en beneficio del tercero*, como imposición legal en favor del mismo [y en contra del *verus dominus*] siempre que reúna [dicho tercero] los presupuestos que establece [el art. 34 LH.]".

Nótese, por un lado, que estamos ante un caso doble disposición por un mismo titular, lo que haría al supuesto subsumible en el hipotético autónomo art. 32 LH.. Y nótese, por otro lado, la expresión utilizada por el Tribunal Supremo que parecería apuntar hacia un monismo en la figura del tercero hipotecario.

Finalmente en el motivo sexto se plantea la infracción del art. 1473 CC., negando el TS. que tal infracción se haya producido por ceñirse dicho precepto a la doble venta; problema que se plantea, en todo caso, *antes de que el derecho de propiedad haya sido adquirido por un comprador, pues de lo contrario, si uno de los compradores ya lo ha adquirido, lo que se produciría al realizarse otra venta posterior sería una venta de cosa ajena, como en el caso presente*. Literalmente afirma que "la cosa la adquirió Interspain S.A.; posteriormente la adquirió Luisiana, S.A. y éste es el actual propietario, en aplicación del art. 34 LH. como adquisición *a non domino*."

#### **4.- Sentencias que argumentan en sentido monista como premisa ineludible para resolver el punto litigioso.**

Así lo hace la STS. 7 abril 2000 (RJA. 2000/2498).<sup>33</sup> En ella se desestima el recurso de casación interpuesto por un tercerista de dominio que alegaba que la Sentencia de la Audiencia Provincial, que revocaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y declaraba no haber lugar a la tercería de dominio interpuesta, *infringía el art. 32 LH.*

El Tribunal Supremo considera que no se ha producido infracción alguna de dicho precepto por no darse las circunstancias para que se produzca el efecto jurídico previsto en el mismo, que son las de que, existiendo un tercer adquirente que, de buena fe, haya inscrito en el Registro el derecho que ha adquirido del titular registral, *haya algo inscribible no inscrito*

---

<sup>33</sup>

Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.



*que le perjudique, lo cual no podrá oponérsele por efecto del dicho precepto.* Más no es tal el presente caso, en que cuando el tercerista inscribe su adquisición (de finca trabada con anterioridad a la adquisición), *ya estaba practicada la anotación de embargo en el Registro (que le perjudica).* Por este motivo, junto a otros, se desestima el recurso. En nuestra opinión, las afirmaciones sobre las circunstancias de aplicación del art. 32 LH. constituyen *ratio decidendi* del fallo, y servirían para apoyar la tesis monista. El fundamento de derecho en que se reproducen estas afirmaciones es el siguiente:

**"CUARTO.-** De lo anterior se desprende que la sentencia de instancia, objeto del presente recurso de casación no ha infringido el artículo 32 de la Ley Hipotecaria: *éste integra la presunción de exactitud registral y, junto con el artículo 34, plasma el llamado principio de fe pública registral que constituye la eficacia ofensiva de la inscripción y cuando dispone que los títulos no inscritos no perjudican en [sic] tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido del titular registral. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria* pero no es el caso presente en el que el recurrente adquiere una finca ya embargada y cuando inscribe ya estaba anotado (con el asiento de presentación) el embargo.

Tampoco ha infringido el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1923, núm. 4º del Código Civil ya que no se plantea en este proceso tema alguno relacionado con la preferencia de crédito –realmente no hay ni siquiera pluralidad de créditos– sino que el demandante tercerista, recurrente en casación, no ha acreditado un título de propiedad que sea anterior al embargo y sea idóneo para alzar éste. Hay que insistir en que la compraventa en que basa su derecho el tercerista es posterior al embargo (compró una finca embargada) y la inscripción de aquélla es posterior a la anotación de éste (inscribió la compraventa de finca ya con anotación de embargo) referidas las fechas al asiento de presentación, como dispone el artículo 25 de la Ley Hipotecaria.

Por lo cual este motivo se desestima." (Cva. y negr. ntras.)

**STS. 23 mayo 1989. RJA. (1989/3878).**<sup>34</sup> La sentencia versa sobre un embargo, subasta y adjudicación irregular de una finca en favor de una entidad ejecutante, *por pertenecer parte de dicha finca inscrita a nombre del deudor ejecutado, a un tercero* (Ayuntamiento de Benidorm), a consecuencia de una segregación y compraventa en escritura pública seguida de tradición material, que se llevó a cabo en su día, antes de trabarse el embargo.

La entidad ejecutante alegaba en su recurso de casación que la sentencia recurrida había infringido los arts. 32, 34 y 38 LH. por inaplicación.

El T. S. desestima el recurso por entender, en definitiva, que al ser nulo el título adquisitivo de la entidad ejecutante, a causa de lo irregular de la ejecución (en la cual se había trabado un bien que no era del ejecutado), no podía operar en favor de la entidad ejecutante y adjudicataria la protección de los arts. 32 y 34 LH. que está supeditada a la validez intrínseca del título adquisitivo del tercero. En consecuencia, la sentencia recurrida no había infringido tales artículos por inaplicación.

En el fundamento de derecho segundo, el Tribunal explica el funcionamiento de la fe pública registral y el concepto de tercero hipotecario, como *premisa ineludible* de su fallo, y lo hace con las siguientes palabras:

" ... Como ya hubo de sancionar la Sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1987 (RJA. 1987\9280), *es tercero hipotecario, a los efectos de la protección que la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad significa, o sea la que deriva de la operancia del principio de fe pública registral que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria consagran*, el adquirente de buena fe a título oneroso que por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad no puede afectarle *lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición*, ... ". Y más adelante añade: "... si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que *únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en*

---

34

Ponente: Antonio Sánchez Jáuregui.

*cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero*; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca

**TERCERO.-** Por lo razonado en los fundamentos de derecho que anteceden, decaen los tres motivos que sirven de apoyo al recurso, en los que, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la sentencia recurrida de haber infringido por inaplicación, los artículos 32 - motivo segundo -, 34 - motivo primero y 38 - motivo tercero - todos de la Ley Hipotecaria, por cuanto el principio de fe pública registral no protege a la adjudicataria de la finca embargada, subastada y adjudicada en el procedimiento ejecutivo, habida cuenta de que el contenido registral por el que entra en juego la protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispensa, no deriva del asiento por el que el «adquirente» constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan con presunción «iuris et de iure» que el Registro para dicho subadquirente es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad jurídica extrarregistral, realidad jurídica que en los supuestos en que el título por el que se ha obtenido la inscripción sea nulo se sobrepone a la verdad formal que el asiento representa, lo que acontece en el caso aquí enjuiciado en que el título de dominio de la recurrente se originó por el irregular embargo, subasta y adjudicación de la tercera parte indivisa de una finca en la que se comprendía una porción de terreno que ya no era de la propiedad del ejecutado y sí, por el contrario, del Ayuntamiento demandante. En su consecuencia, tampoco vulneró la resolución impugnada el artículo 32 de la Ley Hipotecaria *al no estar adornada la mercantil «Proside» de la cualidad de «tercero» a que la norma se refiere ...* ".<sup>35 36</sup>

<sup>35</sup> Citada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág. 547.

<sup>36</sup> La STS. 7 diciembre 1987 (RJA. 1987/9280), ponente: Antonio Sánchez Jáuregui, había mantenido la misma doctrina que ésta en cuanto a quién sea el tercero hipotecario y cómo opera la fe pública registral, desestimando también que se hubiese infringido el art. 34 LH. por la sentencia recurrida, al ser nulo el título adquisitivo de los recurrentes. Ahora bien, en este caso, la nulidad del título adquisitivo que impedía operar a la fe pública registral provenía, no de que el titular registral no fuera verdadero dueño, sino de que en el procedimiento judicial sumario del antiguo art. 131 LH. no se había practicado el requerimiento de pago al deudor hipotecario con observancia de los requisitos legales que establecía la LECA. Por otro lado, la alusión que se hace en el fundamento de Derecho 2º a que el principio de fe pública registral está contenido en los arts. 32 y 34 LH., es en este caso una afirmación *obiter dictum* en lo que se refiere al art. 32, ya que no se había planteado en el recurso la infracción de tal precepto.

Argumenta en sentido monista como premisa ineludible para resolver el motivo planteado por el recurrente, la STS. de 12 de julio de 1996 (RJA. 1996/5581). El Tribunal Supremo, que parte de que el supuesto litigioso es una doble disposición por título de compraventa de parte de una misma finca (simplificadamente, doble venta en el sentido lato que ya comentamos), descarta en el motivo quinto que haya habido infracción del art. 33 LH., como alega el recurrente. Para hacerlo, parte de la afirmación de la sentencia recurrida de que no puede inferirse que la segunda compraventa [inscrita] sea inexistente por falta de objeto, y añade que "el adquirente que inscribió [segundo comprador] ostenta la cualidad de tercero hipotecario, conforme al art. 34 LH., *es decir, que, conforme al art. 32, los título de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no le perjudican* [en el caso presente una escritura pública de compraventa de fecha 14 de junio 1968] ; *y si es válido el contrato de 1980, [del segundo comprador] como aquí ocurre, al tercero del art. 34 no le afecta la excepción del art. 33, lo que hace decaer el motivo ...*" (Cva. y negr., ntras.)

En este grupo de sentencias merece especial atención la de 30 de octubre de 2000 (RJA. 8556/2000)<sup>37</sup>. En ella el Tribunal Supremo afirma como *ratio decidendi* de su fallo que el art. 32 LH. delimita la función negativa del principio de fe pública registral; que para que este principio pueda desplegar su eficacia ha de existir un tercero hipotecario y que el ser adquirente a título gratuito impide consolidar la protección registral. El supuesto de hecho sobre que versó era el siguiente:

El Banco Central Hispano Americano S.A. (hoy BSCH., S.A..) ejercitó demanda en juicio de menor cuantía contra Juan F.S, Joaquina G.C. y Rafaela G. C., en nombre propio y de sus hijos menores, Joaquina, M<sup>a</sup> Josefa y Antonio F.G., herederos de su padre, Antonio F. G., solicitando que se declarase que Don Juan F.S. y Doña Joaquina G. C. adeudaban a la entidad bancaria solidariamente 21.076.237 ptas. y se les condenase a su pago; que se declarase nula radicalmente por simulación absoluta la escritura pública de cesión de unas fincas rústicas que el 8 de octubre de 1992 realizaron los deudores en favor de su hijo Antonio

---

37

Ponente: José Almagro Nosete.

F.G. y de su esposa, Rafaela G.C.; y subsidiariamente, se declarase que había sido otorgada en fraude de acreedores, rescindiéndose en la parte necesaria para satisfacer el crédito, y que se cancelasen las inscripciones que dicha escritura había causado en el Registro.

Los demandados alegaron la excepción de litispendencia y solicitaron la estimación de la misma y que no se entrase en el fondo, y subsidiariamente, que en caso de entrarse en el fondo, se dictase sentencia absolutoria. El Juzgado de 1ª Instancia rechazó la excepción, estimó la demanda, y declaró nula por simulación la escritura pública de cesión de fincas rústicas a cambio de asistencia y decretó la cancelación de las inscripciones traslativas del dominio a que dio lugar la dicha escritura. La sentencia fue recurrida en apelación por los demandados, la cual acogió la excepción de litispendencia respecto de la acción de declaración de la deuda y de condena a su pago. En lo demás, confirmó la sentencia de instancia.

Planteado recurso de casación por los demandados, alegaron infracción de los arts. 32 y 34 LH. al haber declarado nulo por simulación el contrato de cesión y la cancelación de las inscripciones traslativas de dominio a que dio lugar la referida escritura. Hay que notar, que uno de los donatarios, Don Antonio F.G. había fallecido, por lo que partiendo de la simulada donación efectuada, eran propietarios de las fincas rústicas, su mujer (también donataria) y los 3 hijos del fallecido. Para éstos se reclamaba la condición de terceros hipotecarios.

El Tribunal Supremo desestimó el motivo alegando: ***"Los preceptos referenciados delimitan las funciones negativa (artículo 32) y positiva (artículo 34) del principio de la fe pública registral que exige para el despliegue de su eficacia propia la existencia de un «tercero hipotecario», que brilla por su ausencia en el presente caso.*** En efecto, la declaración de nulidad del negocio controvertido consistente en la cesión de bienes que hicieron los padres (cedentes, don Juan y doña Joaquina), a su hijo (cesionario don Antonio), impide que los herederos de éste consoliden en su favor la protección registral inmobiliaria, no obstante, la correspondiente inscripción, ***pues son adquirentes a título gratuito y carecen como herederos de la condición de terceros respecto del negocio declarado nulo.*** En consecuencia, el motivo decae, pues, además, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (RJA. 1989\6928), para que el artículo 34 de la Ley

Hipotecaria sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en un acto inválido. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la Ley Hipotecaria de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual."

**STS. 9 de abril de 1979. (RJA. 1979/1519).**<sup>38</sup> En el caso, relativo a la existencia o no de una servidumbre de luces y vistas, el recurrente alegó en el tercer motivo del recurso, violación por falta de aplicación del art. 541 CC. en relación con los artículos 32 y 34 LH..

El Tribunal Supremo niega que sea aplicable al caso el art. 541 CC. y afirma que carecen de relevancia los artículos 32 y 34 LH. invocados "pues ni quien le vendió el local [al recurrente] tenía derecho real de servidumbre que pudiera inscribir en el Registro de la Propiedad ni, por tanto, pudo adquirir [el recurrente] a título oneroso de quien en el Registro apareciese con facultades para transmitirlo". Con estas palabras el Tribunal parece presuponer que es común a ambos preceptos el que el tercero adquiera a título oneroso y de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir.

**STS. 27 febrero 1995 (RJA. 1995/1650)** Por tercero hipotecario de los arts. 32 y 34 LH. entiende la sentencia el causahabiente de un titular registral por vía onerosa, que inscribe su derecho reuniendo buena fe:

" ... no obstante los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria vigente, al superarse el precepto 27 de la Ley de 1861, *determinan el concepto de tercero en el campo del derecho registral e hipotecario*, como entiende autorizado y mayoritario sector doctrinal con ratificación por la Jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 18 marzo y 7 diciembre 1987 [RJA 1987\1514 y RJA 1987\9280], 23 mayo 1989 [RJA 1989\3878], 24 octubre 1989 [RJA 1989\6956], 7 diciembre 1989 [RJA 1989\8808], 8 marzo 1993 [RJA 1993\2052] y 9 julio 1993 [RJA 1993\6001], entre otras), y así cabe comprender, en concepción autónoma y

---

<sup>38</sup>

Ponente: José Antonio Seijas Martínez.

*necesaria, a los adquirentes que son causahabientes de un titular registral por vía onerosa, que a su vez inscriben sus derechos, reuniendo el requisito de la buena fe que se exige para alcanzar garantías y protección registral.*"<sup>39</sup>

<sup>39</sup> El asunto llevado a casación versaba sobre la venta por una Promotora que había construido unas viviendas de protección oficial, de unas superficies destinadas a portales como locales comerciales. Según la escritura de declaración de obra nueva y régimen de propiedad horizontal inscrita en el Registro, tales zonas destinadas a portales eran elementos comunes del inmueble. Las Comunidades de propietarios afectadas habían ejercitado la acción reivindicatoria frente a los compradores, solicitando que se reconociese su derecho de propiedad sobre dichas superficies, se condenase a la Promotora a la reconstrucción de los portales en el lugar correspondiente conforme a la escritura de división horizontal y se declarase la nulidad de las ventas efectuadas.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia absolutoria de la instancia. En apelación se estimó parcialmente la demanda. La Comunidad Rialto recurrió en casación. El T.S. estimó el recurso de la Comunidad, anuló la sentencia y estimó en parte la demanda.

El Tribunal Supremo estimó el motivo alegado por las Comunidades recurrentes (aplicación indebida de los arts. 32 y 34 LH.) porque el acto adquisitivo de los compradores demandados era nulo, ya que a los tales compradores les afectaba la falta de título eficaz del transmitente para poder enajenar porque no cumplieron con un deber ético de averiguación del contenido registral exigido por la buena fe. Es decir, por la consulta del Registro los compradores pudieron conocer las causas que determinaban la invalidez de sus adquisiciones y la inexistencia de título eficaz por parte del transmitente para poder enajenar, por lo que no puede reputárseles de buena fe. (Mejor hubiera sido decir como explica ROCA SASTRE, que a los compradores lo inscrito les perjudicaba, hubieran o no consultado el Registro).

Dice literalmente la sentencia (en *ratio decidendi*) "... todos los adquirentes tuvieron acceso posibilitado a la oficina registral, que hace público lo que consta en los libros. Por tanto se da ausencia de despliegue de una diligencia mínima, normal y previsor, graduable según las circunstancias y que en este caso se presentaba necesaria, al tratarse de obras externas y visibles fácilmente comprobables y a fin de llevar a cabo operación cognoscitiva de comprobación de la realidad registral con la realidad material externa, que deben de ser coincidentes, pues el Registro actúa en forma de que lo que publica sirva de cercioramiento a quien lo consulta y así la doctrina jurisprudencial es proclive a la tesis legal contraria a la buena fe, cuando el comprador conoce los vicios que pueden hacer ineficaz plenamente el derecho del transmitente, lo que equivale y ha de comprender cuando tiene a su disponibilidad los medios directos, en utilización racional, para tener preciso conocimiento de las causas de dicha invalidez contractual, como sucede en este caso.

En consecuencia, los compradores pudieron muy bien conocer que lo adquirido no era de la propiedad de la vendedora, por integrar elementos comunes del edificio, y respecto a los mismos no se puede proyectar actos de disponibilidad dominical autónomos y aislados, con lo que a dichos adquirentes ha de afectarles inexistencia de título eficaz por parte del transmitente para poder enajenar, pues esta Sala ha declarado (Sentencias de 17 diciembre 1984 (RJA. 1984/6286), que cita las de 30 enero 1960 (RJA. 1960/895), 14 marzo y 3 octubre 1963 (RJA. 1963/1695) y RJA 1963/3964), 2 julio 1965 (RJA. 1965/3692), 22 marzo 1976 (RJA. 1976/1424) Y 8 mayo 1992 (RJA. 1992/3890), **que no cabe prescindirse del deber ético de averiguación registral y si se conoce el estado registral y no obstante se deja de lado y se prescinde del mismo, ello se traduce en situación de mala fe.**

El motivo, en consecuencia, procede ser estimado, al no converger la protección que se denuncia del art. 34 LH., pues su aplicabilidad exige la validez jurídica del acto adquisitivo y de reputarse nulo ha de estarse al Art. hipotecario 33, ya que la declaración de nulidad alcanza al adquirente por su participación decidida en el acto ineficaz y no se obtiene así la protección de la fe pública registral ..."

## 5. Otras sentencias que cabe citar en apoyo de la tesis monista.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS cita la STS. 22 diciembre 1986 (RJA 1986/7794)<sup>40</sup> en apoyo de la tesis monista.<sup>41</sup> De todo el contexto de la misma (si bien no de la *ratio decidendi* para resolver el recurso de casación, ni tampoco de afirmaciones *obiter dicta*) resulta que en el supuesto litigioso el título de dominio privado sobre una aparente travesía, no inscrito (y confirmado por una sentencia declarativa del dominio), perjudicó a los inmatriculantes (constructores), más no a los terceros compradores de los pisos, los cuales reunían los requisitos del art. 34 LH..

En la STS. 16 junio 1998, RJA. 1998/5056,<sup>42</sup> no se aporta nada directamente para la resolución de la polémica sobre el art. 32 LH. Los recurrentes, una Comunidad de Propietarios, alegaban aplicación indebida del art. 34 LH. por la sentencia dictada en apelación. Al parecer la empresa constructora, tras haber otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal, procedió a modificarlo unilateralmente por escritura que no consta que accediese al Registro, y procedió a construir en elementos declarados inicialmente comunes, unos locales y garajes que vendió a terceros y a algunos propietarios de los inmuebles. La Sentencia de la Audiencia había entendido que estas personas tenían la condición de terceros hipotecarios del art. 34 LH. por lo que no procedía frente a ellos la acción reivindicatoria ejercitada por la Comunidad demandante. Ésta, recurrente en casación, alegó aplicación indebida del art. 34 LH., motivo que fue estimado por el TS. y dio lugar a la casación de la sentencia recurrida. El TS. razonó diciendo que "... no constan fehacientemente - según la propia sentencia de instancia - los presupuestos para la aplicación del ... [art. 34], especialmente la inscripción por parte de los adquirentes de locales y plazas de garaje en el Registro de la Propiedad de su adquisición, a título oneroso, de persona - «Sancar» - que apareciera en el Registro con facultades - que no las tenía - para transmitir tal derecho." Lo único quizás a destacar en cuanto a nuestro tema de estudio es que el TS. no añade en *obiter dicta*, que los adquirentes tampoco son terceros del art. 32 LH..

---

<sup>40</sup> Ponente: Jaime Santos Briz.

<sup>41</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Tomo II. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999. Pág. 547.

<sup>42</sup> Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz



Sirven de apoyo a la tesis monista algunas consideraciones de carácter jurídico vertidas por la STS. 28 octubre 2002 (RJA. 9310/2002), antes de analizar los motivos del recurso y para sistematizar la respuesta casacional.

La sentencia, en contra del parecer de Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill ciñe el supuesto de hecho del art. 34 LH. a supuestos de ineficacia del título del transmitente, pero desde luego mantiene una postura monista en cuanto a quién sea el tercero de los arts. 32 y 34 LH. pues en su fundamento de Derecho 3º, letra D, hace la siguiente consideración sobre el artículo 32 LH. "El artículo 32 LH., en cambio, sí protege a quien adquiere confiado en el contenido del Registro frente a derechos reales no debidamente inscritos o anotados en el mismo, de suerte que no contempla necesariamente una hipótesis de ineficacia del derecho del transmitente." Implícitamente la STS. estaría, a nuestro juicio, relacionando los arts. 1473.2 CC y 32 LH..

**STS. 27 octubre 2001. (RJA. 9348/2001). Sala de lo Penal.** Por sentencia de la Audiencia Provincial, Bernardo E.M. fue condenado por delito continuado de falsedad en documento público, en concurso ideal con delito continuado de estafa.

Bernardo E.M., al parecer, debió falsificar una escritura pública de compraventa en perjuicio de una titular extrarregistral. La escritura debió acceder al Registro y posteriormente, Bernardo E.M. constituyó una hipoteca sobre la finca y luego la enajenó a favor de Promociones El Tato S.L.. El título de dominio de esta última fue presentado al Registro pero el Juez Instructor de la causa criminal acordó la prórroga del asiento de presentación hasta la terminación de la causa, medida cautelar prevista en el art. 432.1º RH.. La Sentencia de la Audiencia, condenatoria, deniega el levantamiento de la suspensión del asiento de presentación, y por lo tanto, la inscripción del título a favor de la sociedad compradora, acordándose, por el contrario, la cancelación de la inscripción en favor de Bernardo E.M., así como de todos los asientos posteriores que traen causa de aquélla, con reposición a la titular extrarregistral del dominio del inmueble.

Hay que tener en cuenta que los Tribunales penales tiene competencia para adoptar las medidas necesarias para la restitución de la cosa, debiendo estar a lo dispuesto en el Derecho Privado. Se trata de fijar las consecuencias civiles del delito, cuya declaración corresponde << per se >> a la Jurisdicción Penal (arts. 110 y ss. LECRIM.)

El art. 111.1 C.P. establece como regla general en materia de responsabilidad civil *ex delicto*, la restitución del mismo bien, "aunque el bien se halle en poder de un tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda, y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta". Esta regla, sin embargo, tiene una excepción en el art. 11.2 CP.: "esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable". Según la sentencia, esta excepción "merma extraordinariamente el ámbito de aplicación de la regla general que incluye las adquisiciones legales y de buena fe ... [A continuación añade que ] ... las Leyes extrapenales llamadas por el Legislador penal [en el 111.2] además de las atinentes a bienes muebles (arts. 464.2 y 3, 1940 o 1955, todos CC., 85, 86, 324, 560 o 561 del Código de Comercio), incluyen ... en relación con los inmuebles, además del art. 1957 CC. el art. 34 LH. ....". *Nótese, por un lado, que con relación a las adquisiciones legales y de buena fe, parecería que el art. 111.1 CP. haría referencia a casos como los del art. 1124, último párrafo y 1298 CC., lo que evidenciaría que la protección dispensada a estos terceros de buena fe no es la misma que la dispensada al tercero hipotecario. Nótese, por otro lado, que al enumerar las leyes extrapenales llamadas por el art. 111.2 C.P. la STS. no menciona en absoluto un autónomo art. 32 LH.)*

Dicho esto (fundamentos de derecho 1º y 2º de la STS.), hay que indicar que Promociones El Tato S.L. interpuso recurso de casación alegando como único motivo la falta de aplicación del art. 111.2 C.P. en relación con el art. 34 LH.. El recurso sostenía que la sociedad debió ser mantenida en su adquisición, *inmune a la reivindicación de la titular extrarregistral*. *Se alega que la buena fe debe concurrir en el momento de la adquisición o celebración del contrato y no en la fecha de la inscripción del título en el registro. También que basta la presentación del título en el Registro para alcanzar la protección del art. 34, pues el asiento de inscripción es consecuencia necesaria de lo anterior y por ello dicho*

*precepto se refiere a que será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho.*

Con relación al primer argumento, la STS. afirma en *obiter dicta* (para este fallo), que "tienen razón los recurrentes. La doctrina hipotecaria más convincente y la Jurisprudencia de la Sala Primera del TS. se decantan por dicho momento (STS. 26 febrero 1949 [RJA. 1949/258], 24 abril 1962 [RJA. 1962/2093], 22 noviembre 1963 [RJA. 1963/4958], 12 noviembre 1970 [RJA. 1970/5104]o 23 diciembre 1992 [RJA. 1992/10685]). Esta última, con cita de la de 29 de marzo de 1960 [1960/1255], señala que el conocimiento de las condiciones << ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble o sea aquel en que se efectúe la "traditio ficta" por el otorgamiento de la escritura pública, a base del art. 1462 CC.>>, *lo que es perfectamente conforme [dice la sentencia que comentamos] con la realidad del tráfico jurídico, pues es antes del otorgamiento de la escritura cuando el comprador debe inquirir la situación registral y de todo orden de la finca objeto de la adquisición, sin que influya al respecto que se considere la hipótesis del art. 34 LH. una adquisición a non domino<sup>43</sup>, sea el transmitente non dominus o dominus con poder de disposición limitado o resoluble, pues se trata de un hecho ajeno al adquirente [relativamente, en nuestra opinión, pues el adquirente sabe, art. 6.1 CC., que su inscripción podrá causar una adquisición a non domino por lo que no es irrelevante el conocimiento que de la inexactitud registral pueda tener tras la firma de la escritura pública] que contrató basado en la confianza del contenido del Registro (principio de seguridad).*

Con relación al segundo argumento, la sentencia, también en *obiter dicta* para el fallo, admite que "puede sostenerse que basta la presentación del título en el Registro para alcanzar la protección dispensada al tercero de buena fe por el art. 34 ...".

Ahora bien, la *ratio decidendi* del fallo consistió en la siguiente argumentación.

---

<sup>43</sup> Si que influye, en nuestra opinión, pues como ha señalado algún sector doctrinal, el art. 34 LH. vendría a estatuir una usucapión instantánea, y en tal usucapión instantánea la eliminación de plazo alguno temporal debe ser compensada con una rigurosa buena fe que dure hasta el momento final en que se culmina tal usucapión, que es el momento en que el Registrador firma y fecha el asiento de inscripción del título.

"No se trata, y ello es secundario en sí mismo en el caso, de si es suficiente el mero acceso al Registro, presentación, o si ha debido extenderse la inscripción para que devenga inatacable el título del adquirente, sino que existe una medida cautelar ... que tiene por finalidad ... la investigación y comprobación de la falsedad del título del transmitente [Bernardo E.M.]." "... de forma que la inscripción excepcionalmente en este supuesto deviene imposible, sin que ello suponga menoscabo del principio de la fe pública registral, sino consecuencia del ejercicio de la acción penal y del principio de preferencia de esta jurisdicción, sin que deje de tener un sólido fundamento en la propia inexistencia (es una mera apariencia) del negocio antecedente otorgado por el enajenante (Bernardo E.M.) por sí y ante sí, cuya falsedad radical ha incidido en el tráfico jurídico en un momento anterior a la inscripción [e incluso presentación] del título del tercero y precisamente por ello ésta sido suspendida de conformidad con el art. 432 RH..

Si el asiento de inscripción se hubiese realizado conforme a ello, no sería posible desconocer la protección del tercero, pero la medida cautelar adoptada tiene por finalidad evitar la consolidación del derecho en caos excepcionales como el presente, Por ello acudir a la anotación preventiva de la querella no produciría este efecto.

Siendo ello así, sin inscripción no hay protección, y debe operar la regla general del art. 111.1 C.P..

Por todo ello el motivo debe ser desestimado."

Hemos hecho un resumen de la sentencia por el interés que plantean las cuestiones que suscita pero en relación al problema de la unidad o dualidad de terceros de los arts. 32 y 34 LH. su aportación, como ya hemos destacado, consiste en no mencionar entre las Leyes extrapenales a que se refiere el art. 11.2 C.P., el art. 32 LH., como un precepto autónomo. Nótese por el contrario que en el único precepto de la LH. en que se ve la posibilidad de que un tercero haya adquirido un bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable, *es en el art. 34 LH.*

## 6. Sentencias dualistas en *obiter dictum*.

Entre ellas cabe citar la STS. 22 junio 2001. (RJA. 5071/2001)<sup>44</sup>. En *obiter dicta* el Tribunal Supremo admite la aplicación combinada de los arts. 32 LH. y 606 y 1473 CC. (y aislada del art. 34 LH.) para el caso de dos sucesivas disposiciones efectuadas por un mismo propietario. El supuesto litigioso de que arranca la sentencia es el siguiente:

Doña Josefa R. J. celebró el 16 de enero de 1966 un contrato de permuta, constatado en documento privado, y seguido de entrega de la posesión material del inmueble con Gerardo C.M.. La finca objeto del negocio jurídico dispositivo formaba parte de la registral núm. ..., que estaba inscrita a nombre de Doña Josefa. Doña Josefa falleció el 22 de julio de 1979 sin haber inquietado en la posesión a Don Gerardo ni haber cuestionado la transmisión que le había hecho y dejando testamento en el que instituía heredera universal a su única hija, Doña Bárbara D. R.. Ésta compareció ante Notario para aceptar y manifestar la herencia de su madre. Entre los bienes que la integraban se incluyó la finca registral núm. ..., pero todavía no se inscribió en favor de Doña Bárbara.

Ésta, el 14 de junio de 1980, y sin que figurase la finca registral num. ... a su nombre, otorgó escritura pública segregando de dicha finca una parcela que comprendía parte de la finca objeto de la transmisión de 1966, vendiéndosela a Doña Michelle Jeanne J. R..

No es posible saber con exactitud cuándo Doña Bárbara inscribió la finca registral num. ... en su favor porque no hubo documento alguno en los autos que acreditase la fecha en que se practicó tal inscripción, pero parece que debió practicarse a partir del 23 de marzo de 1981 (fecha de la presentación en el Registro de la escritura de manifestación y aceptación de herencia) y antes del 31 de marzo de 1982, pues de otra forma no habría podido inscribirse el 25 de marzo de 1982 a favor de Doña Michelle, la finca registral núm. ... segregada de la matriz núm. ...

El 13 de marzo de 1982, es decir, en ese intervalo de tiempo y sin saberse si ya estaba o no la finca registral núm. ... inscrita en favor de Doña Bárbara o todavía en favor de Doña

<sup>44</sup>

Ponente: Francisco Marín Castán.

Josefa, aquélla otorga escritura pública segregando de la finca registral núm. ... la otra parte de la finca litigiosa transmitida por su madre en 1966, y se la vende a Aljomar S.L., representada por Don Joaquín R. S., esposo de Doña Michelle. En la escritura se dice que la inca matriz pertenecía a la vendedora por herencia de su madre mediante escritura de 26 de marzo de 1980 pero no se menciona inscripción registral a su favor. El 15 de abril de 1982 Aljomar inscribió su adquisición.

El recurso de casación dimana de un juicio en el que se siguieron tres autos acumulados y del que nos interesa destacar los autos dimanantes del pleito segundo, promovido por Don Gerardo contra Doña Bárbara, la Sociedad Limitada y Doña Michelle, en el que se formuló reconvención para que se mantuviera en sus respectivas adquisiciones a quienes habían comprado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad.

La sentencia de primera instancia "resolvió el conflicto desde la perspectiva del art. 1473 CC., apreciando una doble venta y reconociendo la propiedad a quien había inscrito.... La sentencia de apelación ... descartó que hubiera doble venta y, examinando la cuestión desde la perspectiva del art. 34 LH. y su interpretación por ... [el TS.] , consideró" nulo el título de Aljomar S.L. y Michelle R. por haber sido otorgado por quien carecía de poder de disposición. La sentencia se apoyó en el art. 33 LH. y en una sentencia del TS. del año 1993 "a cuyo tenor el art. 34 LH. no sana la nulidad del propio acto adquisitivo del tercero".

Aljomar S.L. y Michelle R. interpusieron recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

Las recurrentes alegaron infracción del art. 1473 CC. porque habría existido una doble venta y la propiedad correspondería a quien antes hubiera inscrito su adquisición en el Registro, al margen de que el otro comprador hubiera entrado en posesión de la finca antes de la primera inscripción. En su apoyo citaron la STS. 13 de abril de 1993 (RJA. 2999/1993).

El motivo fue desestimado porque la sentencia invocada no resolvía un caso idéntico al presente; porque, dado que la primera venta se había consumado antes de realizarse las segundas, resultaba de aplicación la reiterada doctrina del TS. que descarta la aplicabilidad del

art. 1473 CC. cuando la primera venta se hubiera consumado antes de la perfección de la otra (STS. 25 marzo 1994 (RJA 2535/1994); 25 julio 1996 (5572/1996) y 10 diciembre 1999 (RJA. 9484/1999)) y porque con relación a la primera compraventa y a las segundas, el vendedor no fue el mismo, como exige la jurisprudencia para que se de la hipótesis del art. 1473 CC.. (STS. 21 junio 2000 (RJA. 5736/2000 y 22 diciembre 2000 (RJA 10136/2000)).

Por todas estas razones concluye el alto Tribunal que "no hubo ... doble venta en las escrituras públicas otorgadas por dona Bárbara D. R. a favor de las hoy recurrentes sino sendas ventas de cosa ajena", ni en consecuencia, infracción del art. 1473 CC., habiendo acertado "plenamente el tribunal de apelación al descartar la aplicabilidad del art. 1473 CC. y su posible combinación con el art. 32 LH., rectificando así la desacertada solución de la sentencia de primera instancia". Hasta aquí los argumentos en calidad de *ratio decidendi*.

Sin embargo, en *obiter dicta*, el Tribunal admite un planteamiento claramente dualista de las relaciones entre los arts. 32 y 34 LH. y 1473.2 CC. al decir que "las ... recurrentes habrían podido invocar la protección combinada de los arts. 32 LH. y 1473 y 606 CC. si en su día hubieran adquirido de Doña Josefa R. J., es decir, de quien sí había sido propietaria de las fincas, pero no al haber adquirido de Doña Bárbara D. R. , porque ésta nunca llegó a ser propietaria de aquello que su madre había transmitido a don Gerardo C. M. en el año 1966."

Y finalmente concluye el cuarto fundamento de derecho señalando que "de lo dicho se desprende que la cuestión ha de examinarse desde la perspectiva de la venta de cosa ajena [distinta, por lo tanto, parece, de la segunda disposición por quien fue originariamente dueño] y la posible protección de las hoy recurrentes por el art. 34 LH., cuya infracción se alega en el motivo tercero".

Frente a la alegación por las recurrentes de infracción del art. 34 LH. el TS. argumenta:

- Que no comparte la interpretación del art. 34 LH. dada por el Tribunal de apelación, según la cual, al ser nulo el título adquisitivo de las recurrentes por haber sido otorgado por

quien carecía de poder de disposición, procede aplicar el art. 33 LH. y no el art. 34, porque éste no sana la nulidad del propio acto adquisitivo del tercero. El Tribunal Supremo reconoce que algunas sentencias de la Sala I de fecha próxima a la recurrida ofrecían base bastante para considerar nulo el acto adquisitivo del tercero por no pertenecer la finca al transmitente inscrito (STS. 8 marzo 1993 (RJA 2052/1993) y 25 marzo 1994 (RJA. 2535/1994)), pero cita también una serie de sentencias de las que se desprendería con claridad que la fe pública registral salva el defecto de titularidad del transmitente aunque no los del propio título adquisitivo del tercero (STS. 19 octubre 1998 (RJA. 8072/1998); 22 diciembre 2000 (RJA 10136/2000) y 21 junio 2000 (RJA. 5736/2000)).<sup>45</sup>

- Que pese a no compartir tal interpretación, el fallo de la sentencia recurrida no infringió el art. 34 LH.. Ello porque, por un lado, Doña Michelle no cumple con el requisito del art. 34 LH. de previa inscripción en el momento de la adquisición, ya que según la jurisprudencia y un autorizado sector de la doctrina científica, la finca *debe estar inscrita* a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva *a la fecha del contrato traslativo, sin que pueda subsanarse la omisión de este requisito por una inscripción a favor del transmitente posterior al contrato traslativo* pero previa a la inscripción a favor del adquirente<sup>46</sup> (STS. 11 mayo 1909, 24 abril 1962 y 12 noviembre 1970 (RJA. 5104/1970)); requisito cuya exigencia se justifica tanto por el tenor literal del art. 34 LH. como por la protección que éste dispensa, básicamente fundada en el Registro, y, en fin, por el privilegio que para el tercer adquirente representa la tradición instrumental al margen de

<sup>45</sup> El Tribunal concluye el razonamiento afirmando que "no puede por tanto compartirse el razonamiento del tribunal de apelación al interpretar el art. 34 LH., ya que éste ampara a quien adquiere del titular registral a título oneroso y de buena fe aunque su transmitente no sea en realidad propietario, salvándose en punto a este artículo los problemas que podría plantear el requisito de la tradición (art. 609 CC.) por la aplicación del párrafo segundo del art. 1462 CC., a cuyo tenor el propio otorgamiento de la escritura pública a favor del tercero equivale a la entrega de la cosa si de la misma escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario, como declaró esta Sala en su sentencia de 8 de mayo de 1982 (RJA. 2559/1982) y reiterado en la mucho más reciente de 22 de diciembre de 2000. (RJA. 10136/2000)

<sup>46</sup> El Tribunal parece no hacer excepción para el caso de que ya estuviese presentado el título al contratar. Además de las consideraciones que ya hicimos con anterioridad hay que destacar que el art. 24 LH. no dice que se considere como fecha de la inscripción, la fecha del asiento de presentación, *para todos los efectos de la inscripción*, sino *para todos los efectos que ésta deba producir*. *Luego cabe pensar que el efecto de la presunción iuris et de iure es un efecto que la inscripción no debe producir, si pese a haber estado presentado el título al contratar, faltó el requisito material de inscripción previa que exige el art. 34 LH.. Es decir, a efectos del art. 34 LH. interesa no la fecha de presentación, art. 51.12ª RH. sino la fecha en que se practicó en el Libro de inscripciones, la inscripción del transmitente. Art. 51. 14ª RH.*



su efectiva posesión material de la finca. (Cfr. nota N° 10). Por otro lado, en cuanto a Aljomar S. L., parece que la inscripción previa de la transmitente si estaba practicada cuando contrató, por ciertas consideraciones de orden lógico que hace el Tribunal, pero éste entiende que "siendo la ... recurrente ... la que fundó su oposición a la demanda de don Gerardo C. M. y su propia acción reivindicatoria en la protección que le dispensaba el art. 34 LH., *a ella incumbía alegar y probar todos los presupuestos necesarios para ser mantenida en una adquisición que, por entrañar la pérdida de la propiedad para don Gerardo con base en una legitimidad de disposición de Doña Bárbara exclusivamente registral, imponía al tercer adquirente una rigurosa exigencia en orden a todos y cada uno de los datos registrales justificativos de su adquisición, pues la adquisición fundada en dicho art. 34 bien puede calificarse de adquisición << ex lege >> en función de la confianza que merece el Registro de la Propiedad.*"

También es dualista en *obiter dicta* la STS. 22 abril 1994. (RJA. 1994/3083), fundamento de derecho tercero.

**STSJ. de Navarra 3 junio 1995. (Recurso de casación foral). RJA. 1995/5183.**  
**Ponente: José Antonio Álvarez Caperochipi.** La Sentencia parece considerar, en *ratio decidendi*, que existe "un principio de la inoponibilidad al titular registral de los títulos no inscritos (ley 566 FNN, 1473 CC., art. 32 LH.)" si bien, por un lado, parece entender que es una "exigencia derivada de la eficacia frente a terceros del documento público (art. 1218 CC.) y de la inoponibilidad relativa del documento privado (art. 1225 CC.)" y, por otro lado, no lo aplica entre dos derechos reales otorgando preferencia al inscrito frente al no inscrito (tesis dualista), sino entre una hipoteca (adquirida, por cierto, de quien figuraba en el Registro con facultades para transmitir y era aún *verus dominus*) inscrita y un contrato privado de venta (anterior a la hipoteca) pero que se consumó con posterioridad a ella.

A nuestro juicio, el art. 32 LH. no debió ser alegado por el Tribunal para desestimar el motivo planteado por el recurrente porque se refiere a las modalidades de adquisición del

dominio, como señala el profesor GARCÍA AMIGO,<sup>47</sup> entre ellas el contrato + la traditio, pero no a los meros contratos.

Los hechos que dieron lugar a este recurso fueron los siguientes. Don Carlos N.Z. y esposa habían adquirido del matrimonio B.L. unos terrenos. De ellos segregaron una parcela que vendieron por documento privado a Don Fermín A. A. el 5 de mayo de 1985. Don Fermín tuvo que tomar posesión de la finca por sentencia el 6 de septiembre de 1988, porque los vendedores no procedieron a la entrega de la posesión de la finca en el momento pactado. El 2 de mayo de 1988, Don Carlos, por sí y en representación de su esposa, otorgó escritura de división del terreno adquirido al matrimonio B.L., escritura que se presentó en el Registro el 16 de junio de 1988 y que dio lugar a la inmatriculación como N° 7652 de una finca de 765 metros cuadrados. Sobre dicha finca se constituyó hipoteca el 1 de julio de 1988 en favor de Compras Centralizadas S.A., la cual tuvo que iniciar procedimiento de ejecución hipotecaria, obteniendo la adjudicación de la finca. Al hacer entrega judicial de la posesión al ejecutante, se identificó la finca como la poseída por Don Fermín. Éste interpuso demanda solicitando que se le entregara la tenencia libre y pacífica de la finca cuya posesión perdió en virtud de la ejecución hipotecaria.<sup>48</sup> Su demanda fue desestimada en 1ª instancia y en apelación se confirmó la sentencia de instancia. El actor interpuso recurso de casación foral que fue desestimado.

Reproducimos a continuación el fundamento de derecho quinto, en el que para la desestimación del motivo alegado por el recurrente, se utilizan los argumentos sobre el art. 32 LH. arriba señalados.

**"QUINTO.-** Se alega como motivo décimo, al amparo del artículo 1692.4 de la LEC., que el artículo 1857.2.º CC exige para la existencia de una hipoteca que el hipotecante sea propietario de la cosa hipotecada y el señor N. no podía hipotecar lo que no era suyo por haber sido enajenado previamente al señor A., ... . Pero parece evidente que en el momento de

---

<sup>47</sup> Conversación privada.

<sup>48</sup> Parece ser que no tuvo conocimiento del proceso. Esto quizás se debió a que como domicilio vigente en el Registro, el deudor hipotecario señaló uno diferente de la finca hipotecada. En nuestra opinión la Ley siempre debiera prever que todo proceso de ejecución que afecte a un bien inmueble se notifique en el mismo, además de en otros domicilios.

la constitución registral de la hipoteca aún no se había producido la toma de posesión del señor A., por lo que aún no se había consumado la transmisión de la propiedad por «traditio» (artículos 609 y 1095 CC), y por otra parte la inscripción registral de la hipoteca aun siendo posterior al contrato privado de venta ha de prevalecer *en aplicación del principio de la inoponibilidad al titular registral de los títulos no inscritos* (ley 566 FNN, 1473 CC, artículo 32 LH), exigencia derivada de la eficacia frente a terceros del documento público (artículo 1218 CC) y de la inoponibilidad relativa del documento privado (artículo 1225 CC), presupuesto necesario para una adecuada ordenación del Registro de la Propiedad, y para la formación de un saneado sistema de crédito territorial e hipotecario fundado en la publicidad registral (artículo 34 LH)".

Sustancialmente idénticos a los fundamentos de derecho de esta sentencia, son los de la de 5 de junio de 1995 (RJA. 1995/5184), emanada también del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en recurso de casación foral y con el mismo ponente D. José Antonio Álvarez Caperochipi. (Notas-Redacción de la Base de Datos de Aranzadi).

### **7. Otras sentencias que contienen pronunciamientos a propósito de la invocación por los recurrentes de infracción del art. 32 LH..**

En la STS. de 23 de marzo de 2001, RJA. 2001/3187, se desestima el motivo alegado por la Comunidad de propietarios recurrente, propietaria de la finca sirviente, consistente en que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 32, 34 y 38 LH.. El TS. desestima el motivo porque "además de que dichos preceptos no fueron invocados en la demanda, la reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 32 de marzo 1902 (*sic*), 22 diciembre 1906, 24 mayo 1952, 25 febrero 1956 (RJA. 1956/1502), 21 diciembre 1970 (RJA 1970/5604), 30 diciembre 1975, 29 mayo 1979 (RJA. 1979/1950), 27 junio (RJA 1980/3080) y 23 octubre 1980 (RJA 1980/3635), 21 diciembre 1990 (RJA. 1990/10591), 20 mayo (RJA 1992/4915) y 18 noviembre 1992 (RJA 1992/9236) y 15 marzo 1993 (RJA 1993/2277), entre otras) viene declarando que el conocimiento de la existencia de la servidumbre [que grava la finca] por el adquirente de la finca, el cual se presume cuando hay signos ostensibles o manifiestos e indubitados, no permite la protección registral que la L.H. proporciona a los adquirentes".

Contiene un pronunciamiento a propósito de la invocación por los recurrentes de infracción de los arts. 606 CC. y 17 LH., la STS. 25 noviembre 1996 (RJA. 1996/8859).

Ibercharter S.A., propietaria de la Tienda Alcalá (inmatriculada en el Registro de la Propiedad N° 22 de Madrid), pero que carece de título de dominio inscrito, fue demandada en dos juicios ejecutivos abiertos en Madrid y Barcelona, respectivamente por Viajes Ejecutivo S.A. y Viajes Euroclub S.A.. El **5 de noviembre de 1985**, el Juzgado de 1ª Instancia N° 15 de Madrid, dictó auto por el que Viajes Ejecutivo S.A. adquirió los derechos de propiedad sobre la Tienda Alcalá, deviniendo así primer adquirente. Su título (el Auto) fue presentado en el Registro el 13 de noviembre de 1985, cancelándose de oficio el asiento de presentación el 27 de enero de 1986.

Mientras tanto, en Barcelona, recayó providencia de **20 de noviembre de 1985** por la que se adjudicaba la Tienda Alcalá a Viajes Euroclub S.A.. El **6 de marzo de 1986**, el Magistrado- Juez otorgó escritura pública en favor de esta entidad. A su vez, el 3 de marzo de 1986, Viajes Euroclub S.A. había otorgado escritura de compraventa en favor de Mateo M.F..

El 11 de marzo de 1986 fueron presentados en el Registro el título no inscrito de Ibercaharter S.A. y el de Viajes Euroclub S. A. dando lugar a las inscripciones 5ª y 6ª.

El 19 de marzo de 1986 Viajes Ejecutivo S.A. volvió a presentar su título a registro, denegándose la inscripción por aparecer inscrita la finca a favor de Viajes Euroclub S.A..

Finalmente, el 27 de febrero de 1987, Mateo M.F. presentó a registro su escritura que causó la inscripción 7ª.

Viajes Ejecutivo S.A. presentó demanda, ejercitando acción contradictoria de dominio inscrito respecto al local referido, y solicitando la cancelación de la inscripción 6ª de dicha finca por nulidad del título en cuya virtud se practicó.

Desestimada la demanda, se apeló la sentencia, la cual fue revocada por la Audiencia en apelación. Viajes Euroclub S.A. y Don Mateo M. F. formalizaron recurso de casación el cual fue desestimado.

Alegaron los recurrentes en primer término, infracción de los artículos 434 CC, 1473 CC y 34 LH.. Los tres motivos fueron desestimados conjuntamente por el TS. por entender que había sido correcta la actuación de la Audiencia Provincial al estimar la existencia de mala fe en Viajes Euroclub S.A. y Mateo M.F. En apoyo de esta actuación de la Audiencia, afirma el TS., (entendemos que en *ratio decidendi* y con la cita de la Sentencia de 30 de enero de 1960 (RJA. 1960/895), que la buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, diligente, para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente o lo que es lo mismo, para averiguar la situación real de la finca, siendo en este caso el medio idóneo para ello la consulta registral, la cual les habría dado noticia (por medio de una publicidad formal del asiento de presentación practicado), de la existencia de la adquisición anterior. Como la adquisición anterior pudo ser conocida, y la buena fe obliga a desplegar una conducta diligente, pudo ser apreciada por la Audiencia la concurrencia de mala fe.

En *obiter dicta*, añade a continuación, parece que ante la argumentación de los recurrentes de que siendo el supuesto una doble venta, debe resolverse con arreglo a la prioridad de inscripción que señala el art. 1473 CC., que el supuesto no es de doble venta sino de venta de cosa ajena por falta de objeto de la posterior, que jurídicamente deriva en inexistencia de ésta, habiendo ganado Viajes Euroclub S. A, una situación que en realidad carecía de contenido material, dado que el local litigioso no pertenecía ya al ejecutado cuando se produjo la adjudicación en su favor. En conclusión, que no se ha infringido el art. 1473.2 CC., que, por cierto, ha relacionado antes con el art. 34 LH.. (Cfr. fundamento de derecho 2º).

*Es en el motivo cuarto del recurso en el que los recurrentes alegan transgresión de los artículos 606 del Código Civil y 17 de la Ley Hipotecaria, por dar la sentencia recurrida preferencia a un derecho no inscrito frente a otro registrado.*

*De la respuesta casacional del TS. parecería desprenderse que Viajes Euroclub S.A. y Don Matías alegaban que la sentencia de la Audiencia había infringido los dichos preceptos al acoger como fundamento de su fallo la doctrina jurisprudencial sobre que la venta producida tras la consumación de otra anterior es inexistente por falta de objeto, (lo que determina la protección del primer adquirente, cuyo título sí que es verdaderamente existente y real); doctrina que sería opuesta al contenido de tales preceptos, los cuales obligarían a reconocer el derecho real en el comprador que primero inscribió (aunque fuese un segundo adquirente), frente al primer adquirente (adquirente real con arreglo al Derecho civil puro), que no inscribió.*

El Tribunal Supremo rechaza el motivo "como secuela de la aplicación de la doctrina de la venta de cosa ajena [no puede ser preferido un derecho inexistente frente a un derecho verdaderamente existente, aunque aquel haya accedido al Registro y éste no, parecería querer decir], *sin que, por cierto, se hayan vulnerado los preceptos citados, pues no hay oposición entre su contenido y la interpretación jurisprudencial aludida en el último párrafo del fundamento de derecho precedente* [la expuesta en *obiter dicta*], *habida cuenta de las pautas legales contenidas en los artículos 1261 y ss del CC. sobre los requisitos esenciales para la validez de los contratos.*"

Efectivamente no existía infracción por la sentencia recurrida de los arts. 606 CC. y 17 LH.. Con relación a éste no existía tal infracción porque el art. 17 LH., que recoge el llamado principio de prioridad registral, hace referencia a una ordenación temporal en los Libros del Registro de los derechos que recaen sobre la finca inmatriculada, ordenación temporal que se produce por el orden de presentación de los títulos en el Registro, pero sin que la prioridad formal que pueda llegar a adquirir un título, cerrando el Registro a otros títulos de igual o anterior fecha incompatibles, vaya a determinar la prioridad "material", llamémosla así, de tal título. Dicha prioridad depende de los principios del Derecho civil puro (reglas que rigen las adquisiciones derivativas) y de la hipotética concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria para ostentar la condición de tercero hipotecario protegido.

Con relación al art. 606 CC. tampoco efectivamente la sentencia de instancia había incurrido en transgresión. Ahora bien, el argumento esgrimido por el TS. para rechazar la existencia de tal transgresión no fue a nuestro juicio muy riguroso teniendo presente una interpretación sistemática del CC. y los preceptos sustantivos de la LH..

En el fondo si que existiría oposición entre la doctrina arriba expuesta sobre la inexistencia de la enajenación de cosa ajena y el contenido del art. 606 CC. (o 32 LH.).. Como ya comentamos en el Capítulo II, si toda enajenación de cosa ajena pudiese ser considerada sin más inexistente por falta de objeto (podría ser considerada inexistente por falta de otros requisitos esenciales del contrato), el art. 606 CC. no resultaría nunca aplicable, como vendría a decir en términos similares GARCÍA GARCÍA, y el Registro, creado para solventar el defecto de titularidad del transmitente, nunca desplegaría tal eficacia. En pura técnica jurídica, pues, tal interpretación jurisprudencial no se correspondería con la mecánica interna del sistema inmobiliario registral.

Si no existió infracción del art. 606 CC. fue debido a que, como declaró la sentencia de la Audiencia, Viajes Euroclub S.A. y Mateo M. F., no fueron adquirentes de buena fe, al no haber desplegado la diligencia debida (la propia de un buen padre de familia) a la hora de efectuar su adquisición, motivo por el cual no podían ostentar la condición de terceros hipotecarios (art. 606 CC., en relación con el 608 y 1473.2 CC. y 32, 34, 36 y 40 LH.) y desconocer el título de dominio anterior. A mayor abundamiento, tampoco podían los segundos adquirentes desconocer la adquisición del *verus dominus* por no haber adquirido de persona que en el Registro figurase con facultades para transmitir (ni el título de Ibercharter S.A. figuraba inscrito cuando Viajes Euroclub S.A. adquirió, ni tampoco el de éste, cuando se otorgó la escritura pública de compraventa en favor de D. Mateo M.F.). En todo caso, aunque dichos títulos hubiesen figurado inscritos en el momento de las adquisiciones respectivas, no se habría podido ostentar la condición de tercero hipotecario por falta del requisito de buena fe. Así pues, la *ratio decidendi* del fallo (falta de buena fe) fue absolutamente correcta.

## **8. La protección civil de un tercero civil frente al cumplimiento de la condición resolutoria. Arts. 1120 y 1124 CC., último párrafo.**

Esta cuestión fue tratada por la STS. 21 junio 2002.<sup>49</sup> Los hechos que dieron lugar a la misma fueron los siguientes:

El **21 de febrero de 1983** se celebró un contrato de permuta de un edificio, propiedad de los hermanos Morey Montaner, con la sociedad Construcciones Llabrés y Montaner, S.A., por virtud del cual los hermanos Morey se obligaban a transmitir la propiedad del edificio a la sociedad y ésta se obligaba a rehabilitación de un hotel (en el edificio) y a entregarles cuatro locales de vivienda. En este contrato figuraba una **condición resolutoria expresa** de que si en un determinado plazo no se concluían las obras, se resolvía el contrato.

El **7 marzo de 1983** Construcciones Llabrés y Montaner, S.A. en documento privado vendió un local de la planta baja a la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona.

El **13 diciembre de 1985** se otorgó escritura pública de venta del edificio por parte de los hermanos Morey a la Constructora. La condición resolutoria inicial no figura en este contrato.

El **31 diciembre de 1985** se otorga la declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal [hay que entender que por la Constructora].

Los hermanos Morey ejercitaron la acción de resolución y recayó sentencia el **23 de marzo de 1990**, que declaró tal resolución y la ineficacia de las escrituras de 13 de diciembre de 1985 y 31 de diciembre de 1985.

Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los hermanos Morey Montaner; Construcciones Llabrés y Montaner S.A.; Síndicos de la Quiebra de "Construcciones Labres y Montaner S.A.", suplicando se dicte sentencia por la que se declare que es propietaria en pleno dominio de un determinado

---

<sup>49</sup> Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.



local; que dicho dominio figure en el Registro mediante la inscripción de la sentencia que así lo declare y que se cancelen las inscripciones contradictorias con el dominio que se proclame.

En Primera Instancia se estimó la demanda. Se declaró el dominio y se ordenó inscribirlo en el Registro, cancelándose para ello las inscripciones contradictorias, una vez fuese firme el fallo.

En apelación, se estimó parcialmente el recurso planteado por los demandados y se revocó la sentencia de instancia en cuanto a los pronunciamientos que ordenan la inscripción del local en el Registro y la cancelación de las inscripciones contradictorias, confirmándose el resto.

Recurren en casación, siendo desestimados ambos recursos, D.<sup>a</sup> Francisca y D.<sup>a</sup> Cruz Morey y la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona.

El problema que se plantea es si la resolución decretada en su día afecta a la compraventa del local que adquirió la Caja de Ahorros y Pensiones De Barcelona, quien posee de buena fe y no ha inscrito en el Registro.

"La cuestión se plantea porque en aquel contrato de permuta cuya resolución ha sido declarada por sentencia firme, obraba una condición resolutoria expresa consistente en que si el adquirente de la finca no construía el edificio en el plazo indicado, se producía la resolución: artículo 1123 del CC.. Lo cual no era sino la concreción al caso de la resolución de las obligaciones sinalagmáticas por razón del incumplimiento de una de ellas: art. 1124.

En uno y otro caso, se produce la resolución de las obligaciones con efecto retroactivo. En el caso presente, la entidad Construcciones Llabrés y Montaner, S.A.", al quedar resuelto el contrato de permuta (y el de compraventa y la declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal) por el que adquirió la finca, dejó de ser propietario. A su vez, en principio, son ineficaces sus actos dispositivos sobre la misma, precisamente por su falta de poder de disposición, declarada posteriormente pero con efecto *ex tunc*. Sin embargo, el efecto retroactivo de la resolución, sea por condición resolutoria expresa, sea por

incumplimiento de las obligaciones bilaterales, no alcanza a terceros adquirentes de buena fe. Partiendo de la norma del último párrafo del art. 1124 del CC. se atenúa el efecto retroactivo de la resolución; ésta alcanza a los actos dispositivos efectuados, pero sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; por lo cual la disposición a terceros de buena fe, se resuelve en indemnización de daños y perjuicios.

El tercero de buena fe no sólo es el tercero hipotecario (al que se refiere el último inciso del último párrafo del art. 1124); si la "Caja ..." demandante hubiera inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad su protección será absoluta por mor del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y ni se habría seguido este proceso; tampoco si la cosa fuera mueble, aplicando el art. 464 del CC.. A la inversa, si aquel contrato que contenía la condición resolutoria fuera estado inscrito en el Registro de la Propiedad tampoco había problema pues alcanzaría la resolución a la "Caja de Ahorros ..." adquirente, según el propio artículo 34, primer párrafo, último inciso. Faltando la seguridad que deriva de la legislación hipotecaria, no queda absolutamente desprotegido el tercero; es decir, el tercero adquirente de buena fe es respetado por el Derecho no necesariamente cuando es tercero hipotecario<sup>50</sup>; en otras palabras éste no es el único tercero de buena fe que está protegido en derecho."

*Es decir, la sentencia sienta la doctrina de que el tercero hipotecario no es el único tercero de buena fe protegido por el Derecho. El Derecho Civil puro, como ya vimos en su día, otorga protección a otros terceros (art. 464 CC. en interpretación germanista, art. 1124 último párrafo y arts. 1295 y 1298 CC.), pero en el ámbito de la legislación hipotecaria el tercero contemplado por los arts. 32 y 34 LH. es el mismo.*

*Es decir, pese a la existencia de otros terceros de buena fe en la legislación civil, ello no constituye un argumento en favor de la existencia de un tercero autónomo en el art. 32 LH.. Tal argumentación supone un salto en el vacío, como ya apuntamos en su día. Por otro lado, las seguridades que dan los artículos del CC. a los terceros adquirentes de bienes inmuebles de buena fe son menores que las del Registro, ya que el Registro protege al*

---

<sup>50</sup> Este tercer adquirente ha de serlo a título oneroso. El adquirente a título gratuito sólo tiene la protección civil que tuviera su causante. La buena fe de este tercero se presume. (Xavier O'Callaghan Muñoz. Conversación privada).

*tercero frente a todo evento y por el Derecho Civil Puro sólo se le protege frente a resoluciones y rescisiones.*

*La existencia de tales terceros no debilita, pues, la tesis monista, sino que, al contrario, la refuerza.*<sup>51</sup> Para obtener la protección frente a todo evento (y por lo tanto, frente a título de dominio anteriores, hay que estar a lo dispuesto en la legislación hipotecaria (Art. 1124 *in fine* y art. 608 CC. y arts. 32, 34, 40 y 69 LH.)

En su recurso, Dña. Francisca y Dña. Cruz Morey alegaron los siguientes motivos:

1.º.- Infracción por inaplicación del art. 1123 en relación con el 1120 CC. y Jurisprudencia recogida.

2.º.- Infracción por aplicación indebida del art. 1124 CC y del art. 4º CC..

3.º.- Infracción por inaplicación del 1252.3º CC..

4.º - Infracción de doctrina jurisprudencial

5.º.- Infracción por inaplicación de los arts. 1952, 1953 y 1957 CC. en relación con el art. 1930.

En los dos primeros motivos los recurrentes alegan que no cabe que se estime la acción declarativa de dominio de la Caja de Ahorros porque ésta adquirió el local de quien era propietario en aquel momento por un contrato de permuta bajo condición resolutoria, pero dicho propietario dejó de serlo porque la condición se cumplió y aquel contrato se resolvió en virtud de declaración de sentencia firme.

El TS. desestima ambos motivos por el siguiente argumento: "Ciertamente, se resolvieron las obligaciones derivadas del contrato de permuta por cumplimiento de condición resolutoria y ciertamente, la resolución se produce *ex tunc*; lo que no es cierta es la distinción que hace la parte recurrente entre resolución por condición expresa del art. 1123 y condición por incumplimiento de obligación recíprocas del art. 1124, en relación con el art. 1120. La resolución es un concepto unitario y lo que la

<sup>51</sup>

Xavier O'Callaghan Muñoz. Conversación privada.

parte recurrente prescinde y esta Sala destaca es que, frente a la misma, concurre la protección del tercero de buena fe; es decir, el respeto a los derechos legítimamente adquiridos por terceros, aunque éstos no sean terceros hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad y pese a que la condición resolutoria nunca estuvo tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad.

"El motivo cuarto del mismo recurso de casación mantiene la infracción del principio general del derecho, recogida por numerosa jurisprudencia, *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Este motivo alega un principio general que, como tal, es fuente del derecho, indirectamente, a través de las demás fuentes, por su carácter informador o bien tiene aplicación directa, en defecto de ley y costumbre.

En el presente caso, se plantea como principio, pero realmente es la repetición de la argumentación vertida en el desarrollo de los motivos primero y segundo. Se insiste en que el transmitente del local "Construcciones Llabrés y Montaner, S.A." lo transmitió sin ser propietario; *rectius*, transmitió siendo propietario, en virtud de contrato de permuta que contenía una condición resolutoria, que se cumplió. Condición resolutoria que no consta en la compraventa posterior (la de fecha 13 de diciembre de 1985) en escritura pública. Todo este razonamiento se ha expuesto en el desarrollo de los motivos primero y segundo y se ha destacado que no puede obviarse el derecho adquirido por tercero de buena fe, pese a que no es tercero hipotecario y teniendo en cuenta que tampoco la condición resolutoria tiene eficacia registral, al no estar inscrita en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, no se ha infringido aquel principio; ciertamente, nadie puede transmitir lo que no tiene, pero la sociedad sí transmitió lo que tenía y había adquirido por contrato de permuta y al resolverse retroactivamente, debe ser respetado el derecho adquirido por tercero de buena fe".

**9. El tercero del art. 114 LH., un tercero distinto del contemplado en los arts. 32 y 34.**

**STS. 5 julio 2001. (RJA. 4992/2001)<sup>52</sup>. Forma una línea jurisprudencial junto a las sentencias 12 julio 1941 (RJA. 1941/911); 11 noviembre 1994 (RJA. 1994/9318) y 24 julio 2000 (RJA. 2000/6182).**

El problema que trata la sentencia es el de la extensión de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, los intereses y las costas, frente al adquirente de la finca hipotecada. En otras palabras, ¿qué extensión tiene una hipoteca anterior frente al posterior adquirente de la finca?. En principio, todo lo inscrito parece que le perjudicaría.

Sin embargo, en el supuesto de transmisión de una finca hipotecada no cabe aplicar la subrogación legal del adquirente en la deuda total garantizada ni el principio de que todo lo inscrito en el Registro le perjudica. La hipoteca le afecta pero sólo por lo que señala el art. 114 LH.. De tal manera que si el acreedor hipotecario ejecuta la hipoteca, sólo podrá ejecutar por las cantidades previstas en el art. 114 LH.. El resto lo reclamará al prestatario con el que hizo el contrato de préstamo.

La hipoteca, pues, asegura en perjuicio de tercero, el capital; los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente (salvo que se haya pactado otra cosa en cuyo caso no podrá la hipoteca asegurar en perjuicio de tercero más que los intereses de 5 años); y en cuanto a las costas, "frente a tercero, la hipoteca alcanza a las costas cuando se ha pactado expresamente y con el límite máximo que se haya previsto". [Habrà que entender, siempre que esté inscrito el pacto. Art. 1257 CC.]

Lo que cabría sería una asunción de deuda por pacto expreso entre el antiguo deudor (prestatario) y el nuevo deudor (adquirente de la finca hipotecada), con consentimiento del acreedor hipotecario.

Toda esta doctrina se deduce de las STS. 5 julio 2001 y 11 noviembre 1994.

---

<sup>52</sup>

Ponente: Xavier O' Callaghan Muñoz.

En cuanto a quién sea el tercero del art. 114 LH., la línea jurisprudencial a que hemos hecho referencia y que es expresada por la STS. 5 julio 2001, afirma

**"... que no es el tercero del art. 34 de la LH. que contempla el principio de la fe pública registral, sino que es simplemente el tercero que no ha intervenido en el contrato de préstamo ni en la constitución de la hipoteca que adquiere la finca e inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad."**

*Esto parece suponer que para gozar de la limitación del art. 114 LH. no es preciso tener buena fe (confiar en la exactitud del Registro y tener un desconocimiento de la realidad extrarregistral). Si se pactó que la hipoteca perjudicaría a tercero por los intereses de más de dos años y la parte vencida de la anualidad corriente y tal pacto **no figura en el Registro** pero es conocido por el tercer adquirente de la finca, su conocimiento no le perjudicará y gozará de la limitación de responsabilidad del art. 114 LH.. Ello porque al tercer adquirente de finca hipotecada sólo le perjudica la hipoteca en lo señalado por el art. 114 LH. o bien en lo pactado por acreedor y deudor hipotecario, dentro del límite de 5 años de intereses, e inscrito en el Registro. Es decir, en contra de lo que afirman Roca Sastre y Roca - Sastre Muncunill cabría sostener, como hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo con gran acierto, que el tercero del art. 114 LH. no es el tercero de los arts. 32 y 34 de la misma. Se trata de un tercero que ni es un tercero hipotecario ni un tercero de buena fe sino un tercero protegido por la ley con una limitación de su responsabilidad hipotecaria siempre que sea tercero civil con relación al contrato de préstamo y de hipoteca e inscriba el dominio u otro derecho real adquirido.* <sup>53</sup>

*La unidad de terceros de los arts. 32 y 34 LH. no tiene por qué implicar, pues, como ya vimos, que toda referencia que se haga a terceros en la LH. tenga que ser entendida en el sentido de señalar al tercero hipotecario definido por los arts. 32, 34 y 36 LH.. Existen otros terceros en la LH.; así el tercero del art. 114 de la misma.*

<sup>53</sup> Desde otro punto de vista cabría señalar que al tercer adquirente de finca hipotecada le afecta una hipoteca legal por las cantidades señaladas en el art. 114, apartado 1º de la LH.. (GARCÍA AMIGO, MANUEL. Conversación privada).

## 10. Los requisitos de protección del tercero hipotecario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Respaldada suficientemente por la doctrina del TS. la tesis monista, réstanos hacer alguna mención a algunas cuestiones que en particular plantean los requisitos de protección del tercero hipotecario, en la enumeración de los cuales, la jurisprudencia es unánime.

Así, la STS. de 8 de marzo de 1993 (RJA. 1993/2052) cita la STS. de 15 de noviembre de 1990 (RJA. 1990/8712) como sentencia que sigue el unánime criterio jurisprudencial sobre los requisitos que han de darse para que conforme al art. 34 LH. se haga inatacable la adquisición de los terceros.

Aquella sentencia se expresa del siguiente modo en su fundamento de derecho 4º:

"Dice la S. 15-11-1990 (RJA 1990\8712), *siguiendo el unánime criterio jurisprudencial*, que los requisitos que han de darse para que conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria se haga inatacable la adquisición llevada a cabo por los terceros, son los siguientes: a) que los terceros protegidos sean adquirentes del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio; b) que tal adquisición se realice de buena fe, es decir, que su adquisición se haya llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica; c) que el negocio adquisitivo ha de encontrarse fundado en un título oneroso; d) que el disponente o transferente sea un titular inscrito, es decir, que el tercero o terceros deben adquirir de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo; y e) que ese tercero o terceros inscriban a su vez su propia adquisición." (Cva. ntra.).<sup>54</sup>

El requisito d), ya ha sido objeto de examen en el epígrafe II.1, por lo que a continuación haremos ligera mención del requisito a), de algunas cuestiones que plantea el b), y de la necesidad de que el negocio jurídico del tercero sea válido en sí, pues de lo contrario, no procederá la aplicación de la fe pública registral sino del art. 33 LH. como la misma jurisprudencia ha señalado.

---

<sup>54</sup> En el campo doctrinal, puede consultarse el estudio citado por el profesor O'CALLAGHAN: RIVAS MARTÍNEZ. *Eficacia ofensiva de la inscripción registral; los arts. 32, 33 y 34 LH; la doble venta*. En: *Derecho hipotecario*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, Pág., 279.

### 10.1. El negocio jurídico adquisitivo del tercero ha de ser válido en sí.

Para que surja la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el art. 34 LH. "el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio." STS: 18 de marzo de 1987 (RJA. 1987/1514); 7 diciembre 1987 (RJA. 1987/9280); 23 de mayo de 1989 (RJA. 1989/3872); 17 de octubre de 1989 (RJA. 1989/6928); 8 de marzo de 1993 (RJA. 1993/2052), 21 julio 1993 (RJA. 1993/6273); 22 abril 1994 (RJA. 3083/1994); 24 de octubre de 1994 (RJA. 1994/7680); 27 febrero 1995 (RJA. 1995/1650); 25 de julio 1996 (RJA. 1996/ 5572); 19 de octubre de 1998 (RJA. 1998/8072).

En el litigio contemplado por la STS. 28 septiembre 1979 (RJA. 3125/1979), el *verus dominus* extrarregistral, que ostenta un justo título de compra anterior, vence al segundo comprador con inscripción registral y que parece haber adquirido del titular registral (doble disponente) *porque el título de este segundo comprador adolece de invalidez por error sustancial*. Dicho título es declarado ineficaz y la posesión que se ostenta de dicha finca litigiosa indebida, dándose lugar a la reivindicación de los verdaderos dueños.

El segundo comprador (Carlos T.V.), que ha inscrito su título en el Registro recurre en casación alegando violación del art. 1473 CC. y aplicación indebida y violación del art. 34 LH..

El Tribunal Supremo desestima estos motivos porque "se amparan en el supuesto no probado de la adquisición por el recurrente *de la misma finca vendida a los recurridos* (Máximo A. B.) y Blanca Luz H.M.), *cuando lo establecido es precisamente la no transmisión de esa finca en la segunda operación de venta, sólo incluida o pretendidamente inserta en la escritura por un error que, por sustancial, hizo inoperante esa alegada transmisión*, con lo que evidentemente no puede admitirse ni la violación ni la aplicación indebida del 34 LH., por falta del objeto físico constitutivo del derecho susceptible de amparo por la fe pública registral." [Cva. ntra.]



Si bien es cierto que faltaba tal objeto, precisamente debido al error sustancial padecido por los otorgantes de la segunda escritura, también es cierto que el negocio era inválido a consecuencia de tal error, y que por lo tanto, aunque el Tribunal Supremo no lo haya argumentado expresamente, la inscripción no podía convalidar el acto inválido (art. 33 LH.), no concurriendo un requisito esencial para poder ostentar la condición de tercero hipotecario y ser amparado por la fe pública.

En este punto conviene destacar la problemática de la validez del acto de disposición otorgado por el titular registral que no es *verus dominus*, dada la existencia de una jurisprudencia contradictoria al respecto, si bien parece prevalecer la que entiende que tal acto es válido. Podemos resumir dichas dos líneas jurisprudenciales en los siguientes términos:

Jurisprudencia A: El título de transmisión o constitución de un derecho real limitado, otorgado por un titular registral que no es *verus dominus* es nulo, y no es apto para que sobre la base del mismo un tercero mantenga su adquisición.

Jurisprudencia B: La fe pública registral salva el defecto de titularidad del transmitente aunque no los del propio título adquisitivo del tercero

**Jurisprudencia A: El título de transmisión o constitución de un derecho real limitado, otorgado por un titular registral que no es *verus dominus* es nulo, y no es apto para que sobre la base del mismo un tercero mantenga su adquisición. STS. 23 mayo 1989 (RJA. 1989/3878); STS. 8 marzo 1993 (RJA 2052/1993) y 25 marzo 1994 (RJA. 2535/1994).**

La STS. 8 marzo 1993 <sup>55</sup> crea una interesante línea jurisprudencial con la de 26 de junio 1946 (RJA. 1946/840) en relación con la nulidad de embargos trabados sobre bienes que no son del deudor, siempre que se den los requisitos que estas sentencias precisan: que se hayan trabado bienes de personas distintas del deudor o deudores; que el embargado haya sido un extraño al litigio; que solicite la nulidad del embargo y del proceso posterior hasta la venta y adjudicación en pública subasta, el interesado.

---

55

Ponente: Pedro González Poveda.

El supuesto de hecho litigioso que dio lugar a la misma fue el siguiente:

Daniel P. M. e Isabel L. L., su mujer, compraron a M<sup>a</sup> Cristina O. D. y su marido Ignacio A. H. un piso el 16 de noviembre de 1978, por escritura pública seguida de la posesión material de la vivienda que fue arrendada hasta agosto de 1983. Los compradores no inscribieron su título en el Registro, permaneciendo la vivienda inscrita a nombre de los vendedores. A consecuencia de un juicio ejecutivo instado por el Banco Industrial de Cataluña contra los vendedores, se practicó el 7 de diciembre de 1982 anotación preventiva de embargo sobre el referido piso. El 15 de septiembre de 1983 se procedió a su subasta, siendo aprobado el remate en favor del Banco de Bilbao S. A., quien cedió el remate a Juan Carlos I. M. y esposa el 23 de septiembre de 1983. El 19 de octubre de 1983, el Juzgado de Primera Instancia otorgó en representación de los deudores - ejecutados, escritura pública de la vivienda a favor de Don Juan Carlos I. M. y esposa, la cual se inscribió en el Registro. Éstos hipotecaron posteriormente la vivienda.

Los verdaderos propietarios del inmueble instaron demanda de nulidad parcial del referido juicio ejecutivo, solicitando igualmente, otros extremos. Estimada parcialmente su demanda en apelación, la Audiencia declaró la nulidad del embargo y actuaciones subsiguientes hasta la escritura pública de 19 de octubre de 1983; la cancelación de los asientos de la mencionada escritura en el Registro y la propiedad de los demandantes, ordenando que se les reponga en la posesión de la misma. Banco Industrial de Cataluña S. A. y Don Juan Carlos I. M. interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el TS..

Hay que hacer notar que los demandantes no fueron parte en el juicio ejecutivo ni pudieron acudir al remedio legal de la tercería de dominio para la defensa de su derecho, al no tener oportuno conocimiento del juicio ejecutivo entablado contra los vendedores por estar residiendo, por razones de trabajo, en la ciudad de Barcelona desde el día 15 de enero de 1980 hasta el 10 de febrero de 1984 en que trasladaron su domicilio a Bilbao (donde radicaba el piso litigioso).

Don Juan Carlos I. M. alegaba en el recurso de casación que la sentencia de la Audiencia infringía el art. 34 LH. por interpretación errónea, así como la jurisprudencia sobre dicho artículo, igualmente por interpretación errónea.

El TS. desestima el motivo sobre la base, por un lado, de la doctrina jurisprudencial que exige que el acto adquisitivo del tercero sea válido para que pueda operar en su favor el art. 34 LH., y por otro lado en que "el título de los recurrentes es *manifiestamente nulo* pues como ya dijo la Sentencia de esta Sala de 26 junio 1946 (RJA. 1946/840), << los arts. 1442 y 1445 de la Ley de Enjuiciamiento Civil disponen que, en los juicios ejecutivos, los embargos se harán sobre los bienes del deudor, excluyendo implícitamente esos preceptos de la traba los bienes de otras personas no obligadas al pago de la cantidad que se reclamó en el juicio, cuyo embargo, caso de realizarse indebidamente, y el proceso posterior, hasta su venta y adjudicación en pública subasta, privando de ese modo de su propiedad sin título alguno para ello a un extraño al litigio, deben declararse nulos, a instancia del interesado, por ir el embargo y la subasta y adjudicación en contra de lo dispuesto en la Ley>> [cosa que había hecho la Audiencia Provincial], nulidad del título del adquirente que aquí recurre que le priva de la protección registral dispensada por el art. 34 LH. y habida cuenta de que la presunción << *iuris tantum* >> del art. 38.1º de dicha Ley, ha resultado desvirtuada en el presente caso por la prueba en contrario practicada en autos demostrativa de la inexactitud del Registro al proclamar una titularidad dominical que no corresponde a quien como tal figura en el Registro sino a quien de él adquirió la propiedad del bien inscrito por título de compraventa y accedió a su posesión no sólo en virtud de la tradición instrumental ínsita en el otorgamiento de la escritura pública sino también por la ocupación material de la vivienda *en época muy anterior a la anotación preventiva de embargo.*" (Cva. ntra.).

Para CASTILLO MARTÍNEZ, la solución adoptada por el TS. en este recurso no fue la adecuada, ya que, partiendo de la consideración del supuesto como de venta de cosa ajena y de su nulidad por derivarse de un embargo que debía considerarse nulo al recaer sobre un bien que ya no pertenecía al deudor ejecutado, aplicó el art. 33 LH. cuando hubiera sido más adecuado aplicar los artículos 38 y 34 de la misma, por ser la venta de cosa ajena un negocio

jurídico válido pero ineficaz y haber nacido el Registro precisamente para suplir la falta de legitimación civil de los transmitentes.<sup>56</sup>

En nuestra opinión, si bien como ya dijimos, en el Derecho Civil español la venta de cosa ajena es un negocio jurídico válido pero ineficaz, siempre que haya buena fe por parte del comprador, (de lo contrario sería nula por causa ilícita como indica RUBIO GARRIDO), hay que tener en cuenta que en el caso resuelto la venta de cosa ajena *no es voluntaria sino judicial y mera consecuencia de un procedimiento en el que en un momento se produce una actuación judicial nula según lo dispuesto en la norma imperativa del artículo 1442 de la antigua LEC.*, la traba de bienes de persona distinta del deudor ejecutado; *actuación nula que determina la nulidad posterior de todo lo actuado*, incluida la subasta, adjudicación, cesión de remate y otorgamiento de escritura pública. *En la formación, a través del proceso, del título adquisitivo hubo un inicial vicio de nulidad absoluta insubsanable que afecta a éste necesariamente. Es decir, el supuesto no puede resolverse con arreglo a los mismos criterios que si se tratase de una venta entre particulares, dado que estamos hablando de un título adquisitivo que se forma en el seno de un procedimiento judicial con normas imperativas que tanto el órgano judicial como las partes han de respetar.* A nuestro juicio, pues, fue correcta la solución dada por el TS..

**Jurisprudencia B. La fe pública registral salva el defecto de titularidad del transmitente aunque no los del propio título adquisitivo del tercero.** Se trata de una Jurisprudencia contradictoria con la anterior y que puede verse reflejada en las SSTs. 19 octubre 1998 (RJA. 8072/1998), fundamentos de derecho 5º y 9º; 22 diciembre 2000 (RJA 10136/2000) y 21 junio 2000 (RJA. 5736/2000).

<sup>56</sup>

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. *Principio de legitimación, protección registral del tercer adquirente inscrito y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994.* En: CLEMENTE MEORO, MARIO. (Coord.) "Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello". Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Págs., 111 a 138.

### **10.2. El tercero hipotecario ha de ser un tercer adquirente de un derecho real.**

La necesidad de ser adquirente de un derecho real para que opere en favor del adquirente el art. 32 LH. se desprende de la STS. 5 octubre 1993 (RJA. 1993/7463). El acreedor ejecutante y recurrente frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que había dado lugar a la tercería de dominio, alegaba infracción del art. 32 LH. y 606 CC.. El TS. alega para desestimar el motivo, entre otros argumentos, que "el art. 32 de la LH. protege al adquirente frente a quien no ha inscrito, y el recurrente nada ha adquirido de Macre SL. [la sociedad deudora ejecutada], es sólo un acreedor embargante que quiere hacer efectivo su crédito sobre un bien de esa sociedad ..."

En la STS. de 12 diciembre 1988 (RJA. 1988/9428) y en la línea jurisprudencial que recoge (y que se remonta hasta 1896), se niega que los anotantes de embargo puedan gozar "de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 LH."

El supuesto de hecho que dio lugar a la STS. fue el siguiente.

Leganés Motor S. A. adquirió de la Compañía Keuses, S. A., por escritura pública de 20 de enero de 1982 una finca que continuó inscrita en el Registro a nombre de la vendedora por no ser llevado al mismo el título de adquisición. El 26 de marzo de 1982, la Magistratura de Trabajo decretó embargo contra la Compañía antedicha en favor de María Dolores L. P. y sobre la susodicha finca, anotándose el embargo en el Registro el 12 de mayo del mismo año.

Interpuesta demanda de tercería de dominio por Leganés Motor S.A., fue estimada en parte en Primera instancia, reconociéndose el dominio de la actora, pero sin perjuicio del derecho que sobre la finca tenía doña María Dolores L. P. para el cobro de su crédito, no procediendo alzar el embargo. Apelada por la actora dicha sentencia, fue confirmada por la Audiencia. La actora interpuso, entonces, recurso de casación que fue estimado, casándose y anulándose la sentencia de la Audiencia, revocándose la sentencia del Juzgado y estimándose

enteramente la demanda, esto es, declarándose que los bienes eran de la propiedad de Leganés Motor S. A. y ordenándose que se alzase el embargo.

El recurrente alegó como primer motivo del recurso, que la sentencia de la Audiencia había inaplicado la doctrina jurisprudencial relativa al valor y eficacia de la anotación preventiva de embargo, al admitir que ésta tuviese rango preferente sobre el acto dispositivo realizado con anterioridad, teniendo el *verus dominus* que soportar la anotación de embargo y los efectos derivados de la misma.

Ante esta alegación el TS. argumenta en *ratio decidendi* para la estimación del motivo lo siguiente:

"C) Que, no obstante, es reiteradísima doctrina de esta Sala, desde la Sentencia de 7 marzo 1896 hasta la de 26 de febrero 1980 (RJA 1980\534)<sup>57</sup>, pasando por las de 21 febrero 1912, 31 octubre 1928, 2 de marzo 1943 (RJA 1943\404), 29 de noviembre 1962 (RJA 1962\4748) y 14 de diciembre 1968 (RJA 1968\5859), entre otras, que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de derecho preferente al del embargo, *el cual no altera la situación jurídica existente respecto de los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, porque el embargo sólo puede recaer sobre los bienes que el deudor realmente posea y que están incorporados a su patrimonio, de lo que resulta que el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria*, en armonía también con los 1923 del Código Civil y 44 de la misma Ley Hipotecaria; ..." (Cva. ntra.).

En términos muy similares argumenta en *ratio decidendi* la STS. 13 diciembre 1982 (RJA. 1982/7476), que afirma: "d) la anotación preventiva de embargo, pese a constituir un

---

<sup>57</sup> Esta sentencia había razonado, para fundamentar la desestimación del motivo segundo del recurso, por violación del art. 32 LH., en forma casi idéntica a como lo hará la sentencia que comentamos. *Cfr.* Considerando 1º de la primera sentencia.

derecho real de realización de valor - STS. de 14 diciembre 1968 (RJA 1968\5859)- o una especie de hipoteca judicial, no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con anterioridad a la fecha de la anotación, *ni, por tanto, el favorecido por ésta goza de los beneficios protectores de la fe pública registral de los arts. 32, 34 y 47 [sic] de la Ley hipotecaria, aunque aquellos actos dispositivos anteriores no estén inscritos* - SSTs. de 5 julio 1917, 31 octubre 1928, 22 marzo 1943, 29 noviembre 1962 (RJA. 1962\4749), 17 marzo 1978 (RJA. 1978\1052), 26 febrero 1980 (RJA. 1980\534)-, porque el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento - SSTs. de 29 noviembre 1962 (RJA. 1962\4749) y 14 diciembre 1968 (RJA. 1968\5859)-." Argumentación que en términos similares también fue *ratio decidendi* de la STS. 14 de diciembre de 1968 (RJA. 1968/5859)<sup>58</sup>. Es de destacar que tanto esta sentencia como las de 26 febrero 1980, 13 diciembre 1982 y 12 diciembre 1988 predicen los efectos de la fe pública registral del art. 32 LH., lo que implícitamente supone una posición monista en cuanto al tercero contemplado en dicho artículo y en el 34..

La misma línea jurisprudencial sobre la eficacia de la anotación de embargo respecto de los actos dispositivos otorgados por el deudor con anterioridad a ella, sigue la STS. de 3 de noviembre de 1984 (RJA. 1984/5364), en aplicación de la cual se desestima el recurso interpuesto. También esta sentencia explica la mencionada doctrina legal y recoge numerosa cita de fallos anteriores al respecto: " ... siendo reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que la anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor, con posterioridad a la anotación, *pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente,*

<sup>58</sup> "CONSIDERANDO.- Que aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, no le otorga rango preferente [sino] sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; *consiguientemente, el favorecido por la anotación, no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los arts. 32, 34 y 37 de la LH, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos*, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes."

*aunque no estén inscritos*; aparece recogida, entre otras, en las Sentencias de 28 de marzo de 1903, 2 de marzo de 1910, ... , 5 de julio de 1917, 20 de noviembre ... de 1928, 22 de enero ... de 1943, 18 de febrero de 1954 (RJA. 1954\1295), ..., y 6 de diciembre de 1982 (RJA. 1982\7461)". (Cva. ntra.).

Cabe citar también en la línea jurisprudencial de negar la actuación del art. 32 LH. en favor del anotante de embargo a la STS. 27 diciembre 1983 (RJA. 1983/7008), que con cita de la ya conocida de 14 diciembre de 1968 y de la de 12 junio 1970 (RJA. 1970/2921), desestima que se haya producido infracción por inaplicación al caso de autos del art. 32 LH., precisamente porque la anotación preventiva de embargo "no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terceros [extrarregistrales] cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos, aunque no están inscritos, según los arts. 1923 del CC. y 44 de la LH."

En fechas más recientes, la STS. 18 abril 1998 (RJA. 1998/2507) continúa negando que la anotación de embargo pueda oponerse al que adquirió el bien inmueble objeto de la traba con anterioridad, aunque la titularidad sobre dicho bien no esté inscrita en el Registro. La sentencia justifica dicha inoponibilidad sobre la base de que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio de deudor y, junto a ello, sobre la base de que el acreedor embargante no goza de la protección del art. 34 LH. (echándose en falta una alusión a que tampoco goza de la protección del art. 32 LH., alusión que, sin embargo, sí hacían sentencias anteriores). Esta sentencia cita en su apoyo las de 31 de enero de 1978 (RJA. 1978/229); 19 noviembre 1992 (RJA. 1992/9243), 10 mayo 1994 (RJA. 1994/3896) y 14 junio 1996 (RJA. 1996/4772), además de las ya conocidas de 14 diciembre 1968 y 12 junio 1970.

Finalmente cabe destacar la STS. 21 marzo 2003 (RJA. 2915/2003). Esta sentencia resuelve un recurso de casación motivado no por una tercería de dominio sino por el ejercicio de acciones contradictorias del dominio inscrito, por el *verus dominus* extrarregistral, contra una comunidad de propietarios adjudicataria (tras un embargo instado por la misma). Dicha comunidad conocía la inexactitud del Registro, motivada por la transmisión por título de venta



que, con anterioridad a la traba del embargo, había efectuado la titular registral al *verus dominus* extrarregistral, demandante y ahora recurrido en casación.

Frente a la sentencia de la Audiencia, que declaró la nulidad del embargo, subasta y adjudicación de la finca litigiosa sobre la base de que la embargante y adjudicataria había reconocido con anterioridad a trabarse el embargo el dominio extrarregistral de D. Jesús S.F., interpuso la comunidad de propietarios adjudicataria recurso de casación, alegando infracción del art. 38 LH., entre otros motivos.

Ante esta alegación el Tribunal Supremo responde que "no se ve que se haya producido [la denunciada infracción]. La Comunidad de Propietarios ... embargó y ejecuto en ejecución de sentencia obtenida contra Urbanización ... S.A. las parcelas que estaban inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de la ejecutada *pero vendidas y transmitidas con anterioridad*. (Cva. ntra.). La jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, [no cabe considerarle tercero del art. 32 LH.] y que no goza tampoco de la protección del art. 34 LH. (STS. 12 diciembre 1988 (RJA. 1988/9436), 16 febrero 1990 (RJA. 1990/692) y 18 febrero 2002 (RJA. 2002/3511), entre otras)".

Si bien el Tribunal Supremo sigue manteniendo la línea de que al anotante de embargo le perjudican los títulos de dominio otorgados con anterioridad, volvemos a echar en falta en esta sentencia las alegaciones que el mismo Tribunal hacía anteriormente sobre que el anotante de embargo no está amparado por la fe pública registral que proclaman los arts. 32 y 34 LH., afirmaciones que cerraban totalmente la posibilidad a una interpretación autónoma del art. 32 LH.. No obstante hay que destacar que tampoco el Tribunal hace ninguna alusión en esta sentencia a una posibilidad de interpretación autónoma del art. 32 LH., en favor de terceros distintos del anotante de embargo.

### 10.3. El tercero hipotecario ha de ostentar buena fe.

La ausencia de este requisito, exigido unánimemente por la Jurisprudencia del TS., fue el fundamento para la desestimación del recurso de casación que dio lugar a la STS. 27 marzo 2001 (RJA. 4769/2001). La ausencia de buena fe del acreedor hipotecario que conocía la realidad extrarregistral, determinó que no se considerase infringido el art. 34 LH. por la sentencia recurrida, y que, en definitiva, prevaleciese el título de dominio del *verus dominus* extrarregistral.

Este requisito de la buena fe plantea innumerables cuestiones, de las cuales, nosotros hemos destacado algunas por su importancia.

Una de las principales es la de si, como ya hemos apuntado anteriormente, debe el tercero hipotecario haber desarrollado una conducta diligente para poder hacer valer en su favor la protección de la fe pública registral.

En la STS. 19 octubre 1998, el T. S. vendría a negar implícitamente que el art. 34 LH. exija para ostentar buena fe, desarrollar la diligencia de visitar la finca que se va a adquirir.

Ello se desprendería del siguiente fundamento de derecho de la sentencia que reproducimos:

**"SÉPTIMO.-** En el motivo cuarto se vuelve a denunciar infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por falta de buena fe en los adquirentes del piso, cuya carencia de buena fe pretende hacerla consistir el recurrente (en el alegato del mismo) en la simple alegación de que no se concibe que dichos adquirentes, antes de decidirse a comprar el piso, no fueran a visitarlo y a conocer las características del mismo y, si lo hubieran hecho, parece querer decir el recurrente, habrían comprobado que dicho piso estaba ocupado por él y su familia. [Es decir, el recurrente alegaba que la buena fe del art. 34 LH. exige desplegar una diligencia consistente en visitar la finca que se pretende adquirir].

El expresado motivo también ha de fenecer, ya que la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconocimiento por dicho tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, en la parte no reflejada exacta o integrante en el Registro o, lo que es lo mismo, en la ignorancia o desconocimiento por el tercer adquirente de la inexactitud registral, presumiendo el referido precepto la buena fe del tercer adquirente mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro, cuya prueba no se ha producido en el presente supuesto, apareciendo constatado que los esposos don Manuel Gonzalo R. G. y doña Concepción P. A. compraron el piso litigioso (mediante la ... escritura pública de compraventa de fecha 2 de junio de 1989) confiando en lo que el Registro publicaba, o sea, que el dueño del piso (titular registral del mismo) era don Lorenzo P. M., que a ellos se lo vendió, sin que aparezca probado en el proceso ... que los esposos compradores tuvieran conocimiento del Auto de fecha 30 mayo 1989, por el que se declaró la nulidad de la subasta en la que el vendedor don Lorenzo P. M. había adquirido el repetido piso."

Para el T. S., por lo tanto, parecería que la buena fe del art. 34 LH. no exige desplegar tal diligencia especial señalada por el recurrente.

Lo mismo afirmaría implícitamente la STS. de 31 de marzo de 1995 (RJA. 1995/2793).

La empresa constructora "Silco S.L", vendió en documento privado el 31 de enero de 1979 un local comercial a Don Antonio. A. G., que tomó posesión del mismo. El 21 de octubre de 1982, por escritura pública, seguida de toma de posesión, Don Martín M.P. y su esposa, Doña Julia A.V. adquirieron una vivienda de Silco S.L.. El matrimonio desde entonces ocupó ininterrumpidamente la vivienda. Como dichas enajenaciones no se hicieron constar en el Registro de la Propiedad, los dos inmuebles continuaron figurando en el mismo, inscritos a nombre de Silco S.L..

A consecuencia de unos honorarios debidos a Don Alejandro F. O, arquitecto codirector en la construcción de los inmuebles donde radicaban las fincas enajenadas,

tuvo lugar un juicio ejecutivo contra Silco S. L. del que resultó el embargo de las fincas antes mencionadas, e inscritas en el Registro a nombre de Silco S. L., quien no manifestó la situación extrarregistral de las mismas. El Juzgado de León, tras la celebración de las correspondientes subastas, por Providencia de 13 de junio de 1985, aprobó el remate de los bienes subastados en favor del acreedor ejecutante, Don Alejandro F. O.. El 19 de noviembre de 1985, el Juzgado otorgó de oficio escritura pública de compraventa, en representación de Silco. S. L., (actuando por subrogación del vendedor el Magistrado-Juez), ante la negativa de aquélla, confiriéndose la adjudicación de la vivienda y el local comercial a Don Alejandro, que procedió a inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad de Palencia, causando la inscripción tercera.

Practicada diligencia de entrega y posesión de las fincas, y ante la negativa de los poseedores a pasar por la misma, Don Alejandro ejercitó acción reivindicatoria del dominio inscrito, contra Don Martín y su esposa, y contra Don Antonio, solicitando en su demanda que se le declarase único propietario de los inmuebles adjudicados, ya que los demandados los ocupaban sin título alguno y que se procediese al lanzamiento de éstos. Don Martín y Dña. Julia formularon reconvención, solicitando que se declarase la falsedad del título del actor. El Juzgado de Primera Instancia de Palencia estimó la demanda y desestimó la reconvención. Entendió que se estaba ante un caso de venta de cosa ajena, no de doble venta, porque en 1985, "Silco S.L.", ya no era propietaria de los inmuebles por haber enajenado, y no se podía enajenar con independencia de la circunstancia registral; que el adjudicatario tenía la condición de tercero hipotecario con arreglo al art. 34 LH., pues adquirió de quien según el Registro aparecía con facultades dominicales y de transmisión, y no se había probado su mala fe y que en consecuencia se le debía mantener en su adquisición incluso frente a terceros titulares extrarregistrales. Además en el Registro no figuraba ninguna precedente inscripción registral ni constaba una situación posesoria distinta.

La sentencia fue apelada por los demandados. La Audiencia Provincial de Valladolid revocó la sentencia de Instancia, desestimando la demanda y estimando la demanda reconvencional, declarando la nulidad del título del actor. La sentencia estimó que **"la cuestión litigiosa ha de decidirse mediante la aplicación de las**

**reglas contenidas en el artículo 1473 CC, es decir, cuando un mismo inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenece al adquirente que antes haya inscrito en el Registro, regla que deriva de la protección registral al tercer hipotecario, del artículo 34 LH ". En opinión de la Audiencia, no resultaba aplicable el art. 1473, por faltar al adjudicatario inscrito la buena fe, consistente en el desconocimiento de la inexactitud registral.** La Audiencia entendió que el Arquitecto no observó la diligencia exigible para poder ostentar buena fe, ya que se limitó a consultar el Registro de la Propiedad. Éste, dada su condición de Arquitecto residente colaborador en la Dirección de obras, condición en virtud de la cual suscribió el 12 de mayo de 1981 el certificado final de obra, **debió desplegar una diligencia mayor que la exigida a cualquier ciudadano normal, y debió comprobar la realidad posesoria de los inmuebles controvertidos.** (Cuyos propietarios parece que no debieron tener conocimiento del juicio ejecutivo ya que según los arts. 1442 y 1488 LEC, 1881, la práctica de diligencias de procedimiento se llevan a cabo en el *domicilio del ejecutado*). La circunstancia de haber emitido el certificado final de obra y sobre todo, la circunstancia de haber participado en la construcción del inmueble donde radican las fincas litigiosas, comportan la exigencia de no omitir diligencia alguna para averiguar la situación extrarregistral de las fincas.

Don Alejandro interpuso recurso de casación alegando infracción por violación del art. 34 LH y otros seis motivos. El TS. casa la sentencia apelada y confirma la sentencia de instancia por entender que la intervención profesional del recurrente como arquitecto en la dirección de las obras de construcción del inmueble y el otorgamiento por el mismo del Certificado final de obra, no podían implicar que el recurrente debiese conocer todas las posteriores circunstancias acaecidas en cuanto a la posesión o titularidad dominical de los inmuebles litigiosos. Motivo por el que no es posible apartar al actor recurrente del requisito de la buena fe y de su condición de tercero hipotecario (como entendió la sentencia de instancia), frente a los terceros adquirentes extrarregistrales.

Implícitamente la sentencia afirma que para tener buena fe no es necesario desplegar diligencia en conocer la situación posesoria extrarregistral, ni tan siquiera si se ha tenido una intervención especial en la edificación del inmueble.<sup>59</sup>

59

Probablemente el arquitecto conoció la posesión del local comercial por Don Antonio, al haberse

En cambio, la STS. 25 noviembre 1996 (RJA. 1996/8559), en *ratio decidendi* y con cita de la de 30 enero 1960 (RJA. 1960/895), exige el desarrollo de una conducta diligente para que pueda ostentarse buena fe. Afirma a este respecto el Tribunal Supremo:

"Procede indicar que esta Sala, en Sentencia de 30 enero 1960 (RJA. 1960\895), ha declarado que **la buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente, y como en el momento de la adjudicación judicial del inmueble objeto del litigio, tras la subasta celebrada en el procedimiento seguido en Barcelona, ya existía otra precedente en los autos ejecutivos tramitados en Madrid, llevada al Registro de la Propiedad mediante la aportación de la documentación motivadora del correspondiente asiento de presentación, nada obsta a la conclusión de la sentencia recurrida sobre que la venta judicial en Madrid pudo ser conocida por los terceros interesados en la adquisición del local, que figuraban implicados en otro procedimiento judicial afectante al mismo inmueble, máxime cuando, como argumenta la resolución citada, quedaban obligados a agotar el cuidado para descubrir la real situación de la finca, y la consulta registral para este fin, [publicidad formal de los asientos de presentación practicados relativos a la finca] era el medio idóneo para alcanzar dicha noticia, y, por consiguiente, para conocer la consumación de la adquisición inicial, sin que las derivaciones finales de la caducidad del asiento incidieran en la validez de la transmisión**". (Véase el supuesto litigioso en el epígrafe 8)

A este respecto conviene mencionar lo que señala el profesor O'CALLAGHAN a propósito de la buena fe. Por un lado señala que significa el desconocimiento de la inexactitud del Registro, basado en el error o, en sentido positivo, creencia o confianza en la exactitud del Registro. Pero que no sólo significa el desconocimiento total de la inexactitud registral (estado

---

producido la venta en 1979 (con toma de posesión), y al haberse expedido el certificado final de obra en 1981, el cual exigirá probablemente un reconocimiento previo del inmueble para poder acreditar la finalización de las obras.

intelectivo del sujeto) sino también la inexistencia de posibilidades de conocer la inexactitud del Registro, de manera que si existieran tales posibilidades y no hubieran sido utilizadas por el tercer adquirente, éste no tendría buena fe. "Así, el que sabe que la casa está habitada o la finca cultivada y prefiere no enterarse de qué título ostentan para ello." "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro o que la podía conocer, según lo dicho."<sup>60</sup>

O'CALLAGHAN mantendría en esta cuestión la misma línea doctrinal que VALLET DE GOYTISOLO y la misma línea que las sentencias mencionadas antes.

Es interesante destacar que si la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro, basado en el error, tal error ha de ser *excusable*, pues un error de derecho inexcusable no puede dar lugar al amparo de la Ley (Art. 6.1, parte 2ª CC.), como señala la doctrina al interpretar este precepto del CC.. Pero si el error ha de ser excusable, sólo podrá serlo aquel que se produzca tras el desarrollo de la diligencia debida, propia de un buen padre de familia. Si existían posibilidades de conocer la inexactitud del Registro y las mismas fueron obviadas, el desconocimiento se basa en un error inexcusable que no merece la protección del Derecho.

Cuestión de extrema importancia en esta materia de la buena fe es la de en qué momento y hasta qué momento debe ostentarse.

La Jurisprudencia de la Sala Primera del TS., en cuanto al momento en que debe ostentarse, se decanta por el *momento en que se produce la adquisición*, [cva. ntra.] la *traditio ficta*, por el otorgamiento de escritura pública. STS. 26 febrero 1949 (RJA. 1949/258), 29 de marzo de 1960 (1960/1255), 24 abril 1962 (RJA. 1962/2093), 22 noviembre 1963 (RJA. 1963/4958), 12 noviembre 1970 (RJA. 1970/5104) o 23 diciembre 1992 (RJA. 1992/10685). Insiste en que la buena fe se debe ostentar en el momento de la adquisición, la

---

<sup>60</sup> O'CALLAGHAN, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Derechos reales e hipotecario. 4ª Edición. Editorial de Derecho Reunidas, S.A.. Madrid, 2002. Pág. 424

STS. 5 diciembre 2002 (RJA. 10429/2002), y la jurisprudencia que cita. (Fundamento de derecho 3°).

Un problema relacionado con este es el de la determinación del momento de la adquisición en las compraventas judiciales derivadas de subastas judiciales. Al respecto existen dos corrientes jurisprudenciales que recoge la STS. 14 octubre 2002. (RJA. 255/2003):

Una corriente más antigua representada, entre otras, por las STS. 5 enero 1899; 7 octubre 1903; 28 junio 1949 (RJA. 1949/736); 17 febrero 1956 (RJA. 1956/1497); 29 febrero 1960 (RJA. 1960/943); 1 abril 1960 (RJA. 1960/1268) sostendría que la aprobación del remate y la consignación constituiría a lo más el título creador de la obligación de la entrega, pero no la tradición, que no se produciría hasta el otorgamiento de la escritura pública.

Existe junto a ella una corriente más moderna. Según la STS. 10 junio 1994 (RJA. 1994/5224), "más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de que con la aprobación judicial de remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, *se opera la consumación del contrato (venta judicial)* [cva. ntra.], pues la referida adjudicación que el Juez hace al rematante, *no hay obstáculo legal alguno de atribuirle el carácter de tradición simbólica "ficta", al no ser "numerus clausus" la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1462.2° a 1464 CC;* [cva. ntra.] con lo que consumada ya la venta por la concurrencia del título (aprobación del remate) y modo (adjudicación de la finca al rematante), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque pueda ser imprescindible para otros efectos (entre ellos el acceso al Registro de la Propiedad), no será necesario, para que a los efectos aquí estudiados concurre el requisito de la tradición instrumental del citado art. 1462.2.. STS. 31 octubre 1983 (RJA. 1983/5852); 20 octubre 1989 (RJA. 1989/6945) y especialmente las de 1 de julio de 1991 (RJA. 1991/5311) y 11 julio 1992 (RJA. 1992/6280)". La STS. 13 octubre 1998 (RJA. 1998/7562), en esta misma línea, vendría a afirmar que la transmisión dominical tiene lugar antes de que se expida el testimonio que sirve para la inscripción. Esta línea la sigue la STS. 14 octubre 2002 (RJA. 255/2003).



En función de cuándo se entienda que se produce la tradición, ello influirá en la determinación de la existencia o no de buena fe en el momento de la adquisición.

Hemos dicho que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina porque la buena fe debe ostentarse en el momento en que se produce la adquisición. Pero hay que tener en cuenta que en la legislación vigente se contemplan varios casos de inscripción constitutiva, por lo que el derecho no se adquiere hasta el momento de la inscripción. En tales casos, parece que lo lógico sería exigir la buena fe en el momento de practicarse la inscripción en el Libro de Inscripciones por el Registrador, extrayendo las consecuencias propias de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

Otra cuestión especialmente importante en cuanto a la buena fe del tercero del art. 32 es la que se plantea en el caso siguiente. Si al adquirir la hipoteca (por la inscripción constitutiva), el acreedor hipotecario conoce un embargo trabado sobre la finca que se hipoteca y no anotado ¿Tiene buena fe?

Nosotros ofrecemos una respuesta inicial.

Un embargo es una situación anotable, luego entra en el ámbito del art. 32 LH.. Embargo anotado perjudica, embargo no anotado no perjudica.

Si el tercero conoce el embargo trabado pero no anotado cabe pensar que conoce una inexactitud registral ya que el art. 39 LH. define la inexactitud registral como todo desacuerdo en orden a los derechos inscribibles que exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

El embargo trabado supone un desacuerdo del Registro con la realidad en orden a (en relación con) el derecho inscribible (e inscrito) sobre el que recae. Se trataría de un conocimiento de una situación no inscrita semejante a una hipoteca judicial sobre el derecho inscrito.

Por lo tanto, cabría pensar que el acreedor hipotecario que al inscribir (momento en que el adquiere), conoce un embargo trabado y no anotado carece de buena fe y no puede operar en su favor el art. 32 LH..<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Problema de gran interés en cuanto a la buena fe del tercero que se ampara en el art. 32 LH., y en el que nosotros no podemos entrar, es el de la mención de derechos en el Registro. Dice la STS. 28 octubre 2002 (RJA. 9310/2002), en unas consideraciones jurídicas previas, a propósito de las menciones, recogiendo pronunciamientos de otras sentencias *"que la simple mención de cualquier carga o gravamen, si no se halla inscrita o anotada en el Registro, no puede perjudicar al tercer adquirente (STS. 20 mayo 1964), [cva. ntra.] que la mención registral en sentido propio tiene que referirse a un acto no inscrito pero sí inscribible (STS. 31 diciembre 1963 [RJA. 1964, 69]), y, en fin, que debe excluirse del concepto de mención toda indicación sobre derechos personales o de crédito, y toda referencia a gravámenes no inscritos hecha en la inscripción del predio (STS. 17 octubre 1967 [RJA. 1967/3697]).*

## CONCLUSIONES

- 1ª.- Existe una clara continuidad entre la Pragmática de 1539, que introduce la Contaduría de Hipotecas, el Auto Acordado de 11 de diciembre de 1713, que la interpreta, y la Pragmática de 31 de enero de 1768, que aprueba el reglamento de actuación de los registradores (Instrucción del Consejo de Castilla de 1767) en mayor explicación de las dos normas anteriores. Así pues, puede hacerse una interpretación conjunta de las tres disposiciones, con matices en cuanto al objeto registrable, entendiendo que las mayores precisiones y concreciones de la Pragmática de 1768 fueron, más que novedades, un desarrollo del Registro creado en el Reino de Castilla en 1539.
- 2ª.- Es claro que el objeto registrable de las Contadurías de Hipotecas se circunscribió inicialmente a los contratos relativos a censos consignativos y reservativos (imposiciones o compras de censos, y ventas de censos ya impuestos) y a los contratos de hipoteca; y que luego, en 1768, dicho objeto se amplió expresamente a los contratos de venta de bienes raíces gravados con alguna carga, a las escrituras de Mayorazgo u Obra Pía; a cualquier instrumento (*inter vivos* o *mortis causa*) que contenga una hipoteca especial o un gravamen y a los instrumentos de redención.
- 3ª.- La toma de razón en la Contaduría de Hipotecas, que se refería a los mencionados actos y contratos siempre que constasen en escritura otorgada ante escribano público, tuvo carácter obligatorio, no constitutivo. La falta de publicación obligatoria, en el plazo señalado por la ley, hacía que el negocio jurídico por el que se creaba el gravamen no susceptible de manifestación posesoria (inicialmente eficaz para tal creación) deviniese nulo, *ipso iure* y *ab origine*, en cuanto a las disposiciones con transcendencia real pactadas por las partes. Por este medio, la ley extinguía el gravamen inicialmente creado, de modo que, privado de su vida inicial, no perjudicaba a tercero. Como consecuencia de lo anterior

podemos afirmar que el gravamen inscribible en el Registro, no registrado, no perjudicaba a tercero porque ya no existía en la realidad.

4ª.- Fueron notas comunes a los Registros que nuestra tradición jurídica hizo surgir en el Derecho Foral aragonés, catalán, valenciano y navarro, el evitar los fraudes en la contratación a compradores y acreedores, el dar publicidad registral a relaciones jurídico - reales no cognoscibles por medio de la posesión, el carácter obligatorio de la registración (salvo el caso del Registro judicial de donaciones, creado en Aragón por Fuero de 1398) y la sanción de nulidad para el acto no inscrito, en cuanto a la parte del mismo que tuviese transcendencia jurídico - real, motivo por el que el gravamen o la transmisión inicialmente existente y eficaz, desaparecía de la vida jurídica, no pudiendo perjudicar a tercero.

5ª.- Las diversas disposiciones de índole inicialmente fiscal, pero que tuvieron una influencia muy notable en la Contaduría de Hipotecas y en el Derecho Civil y que fueron dictadas a lo largo del siglo XIX, con anterioridad a la promulgación de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, constituyeron lo que hemos llamado el "sistema registral decimonónico". Puede así afirmarse que la Contaduría u Oficio de Hipotecas existente en España en 1861, al instaurarse el Registro de la Propiedad, ya no era la misma institución registral creada por las Pragmáticas Reales.

6ª.- Por obra del Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y de la Real Orden de 20 julio de 1830 se amplió el objeto del Oficio de Hipotecas a las escrituras y documentos privados que contuviesen contratos traslativos del dominio directo o indirecto de bienes inmuebles, títulos de los que se tomaría razón en los Libros de la recién creada "Sección Segunda" del Oficio de Hipotecas. La finalidad del legislador al obligar a inscribir determinados actos en el registro cambia: De ser un medio para que conste legalmente si la finca que se vende o se acensúa o hipoteca, está o no exenta de gravámenes, y de este modo, evitar estelionatos, se pasa ahora a configurar el Registro como un medio de dar mayor legitimidad y solemnidad a las adquisiciones de dominio. Los documentos no registrados no serán admitidos en juicio ni producirán efecto legal alguno, extendiéndose los efectos

derivados de la falta de toma de razón al ámbito civil (al derecho real y a las obligaciones personales), procesal, notarial (para los documentos públicos) y penal.

7ª.- Por obra del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 se amplió nuevamente el objeto registrable de las Contadurías de Hipotecas, inscribiéndose en unos nuevos libros, distintos de los correspondientes a las antiguas Secciones 1ª y 2ª, y bajo el sistema del folio real, todas las mudanzas y obligaciones que experimentase la propiedad inmueble, ya constasen en documento público o en privado. El título no registrado era nulo, extendiéndose la nulidad tanto a las obligaciones personales como al derecho real, si bien dicha nulidad era relativa pues podía ser subsanada mediante la registración fuera de plazo previa la satisfacción de las multas correspondientes. Pese a que el Oficio se aproximaba a la pretensión de publicar todas las titularidades reales que pudiesen recaer sobre una finca, no garantizaba que quien aparecía como titular del dominio en los libros lo fuese *iuris et de iure* en favor de un tercero que contratase sobre la base de lo publicado por el registro e inscribiese con buena fe su título adquisitivo. Las titularidades no inscritas no podían perjudicar a tercero dada su nulidad y por consiguiente, podemos afirmar que tanto el sistema registral decimonónico como el sistema de las Pragmáticas Reales no alteraban el principio de que nadie da lo que no tiene.

8ª.- En la ordenación tradicional de la propiedad, contenida en nuestros antiguos Cuerpos Legales, el comprador o el adquirente de un derecho real limitado como la hipoteca, carecía de un mecanismo automático para verse libre de las reclamaciones que le pudiese hacer un tercero de mejor derecho, viéndose solamente libre de las mismas por el paso del tiempo unido a su posesión, es decir, por la prescripción adquisitiva, (si el derecho podía adquirirse por usucapión), o por la prescripción extintiva, tras un determinado tiempo, de las acciones reales (o personales) que ostentase dicho tercero. En el antiguo Derecho civil, pues, las adquisiciones derivativas "imperfectas", procedentes de titularidades claudicantes; procedentes de un no dueño, etc... solo quedaban purgadas por el transcurso del tiempo, respetándose durante el mismo, el derecho y las acciones del *verus dominus* o de un tercero de mejor derecho, ajeno al contrato de transmisión o constitución del derecho real. Es en vísperas de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de

1861 cuando comienza a calificarse a la posibilidad del verdadero propietario de recuperar su finca de "incertidumbre del dominio del adquirente", o a la posibilidad de que el *verus dominus* haga valer la libertad de su dominio de "inseguridad del crédito territorial". Para dar certidumbre al adquirente y seguridad al crédito territorial se establecerá dicho mecanismo automático en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, creadora de la institución del "Registro de la Propiedad".

9ª.- La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 sentó el principio cardinal de la misma a tenor del cual "lo inscribible, no inscrito en el Registro de la Propiedad, no perjudicase a tercero inscrito, pese a existir en la realidad"- principio consignado en su art. 23. Dicho principio se estableció al servicio del crédito territorial. En efecto, de la Exposición de Motivos de la Ley resulta claramente que la seguridad del crédito se funda en la seguridad de la propiedad inmueble y la seguridad de la propiedad inmueble en la publicidad absoluta, consistente en la necesidad de la inscripción en los libros del Registro de toda relación jurídico - real relativa a una finca, para que pueda perjudicar a un tercero que inscribió su título de adquisición. En consecuencia, lo que no resulte de la consulta de los libros del Registro, no puede perjudicar, esto es, oponerse a dicho tercero (art. 23 LH.). En consecuencia, dicho precepto fue establecido al servicio del crédito territorial.

10ª.- La Ley Hipotecaria conmovió profundamente todo el edificio del Derecho Civil. Si bien las prescripciones de éste quedaban en vigor entre las partes contratantes, la Ley Hipotecaria las alteraba cuando se trataba de terceros protegidos por ella. De ahí que se la denominara comúnmente "ley de terceros". Muchos principios del Derecho Civil, fundados en la sana lógica, fueron, en consecuencia, alterados. Así por ejemplo, los siguientes: *nemo dat quod non habet; acquiritur dominium traditione ex titulo habili; resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis; nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet; quod nullum est, nullum producit effectum*, etc. Incluso resultó alterada la naturaleza misma del derecho real, que pudiendo formarse y existir perfectamente al margen del registro, por virtud de la voluntariedad de la inscripción, dejó de ser oponible *erga omnes* frente al tercero contemplado por el art. 23 LH. El tercero de la Ley Hipotecaria era preferido a quien el Derecho Civil otorgaba la condición de dueño (contra lo que había

sido tradicional en nuestro Derecho, fuera de los casos de usucapión); las acciones reales del propietario civil extrarregistral quedaban automáticamente inutilizadas ante dicho tercero; la usucapión ya no era necesaria para convalidar la falta de titularidad del transmitente, sino que bastaba ser tercero hipotecario.

11ª.- El tercero del art. 23 LH. 1861, ya interpretado en un sentido monista, ya interpretado en un sentido dualista, carece de un precedente histórico en las Contadurías de Hipotecas. El tercero de las Contadurías no es un tercer adquirente que deba inscribir su título adquisitivo, reuniendo además otros requisitos, para obtener una protección automática del Registro frente a derechos anteriores no inscritos (tercero hipotecario). El tercero de las Contadurías es cualquier posterior tercer adquirente civil, ajeno al acto sujeto a toma de razón obligatoria y no registrado, que con posterioridad a éste, adquiere algún derecho sobre la misma finca, estando o no obligado a inscribir el acto que realice sobre ella.

12ª.- En general, desde la publicación de la LH. 1861, la doctrina consideró que el tercero del art. 23 LH. era un tercer adquirente de un titular registral anterior. A raíz de la publicación del Texto Refundido de 1946, e incluso antes, desde 1945, surgieron opiniones defendiendo la existencia, desde los orígenes de la LH, de un tercero en el art. 23 (hoy 32) distinto del tercero del art. 34; un tercero latino al que no le era preciso adquirir de un titular registral anterior para ser protegido frente a los títulos de dominio o de otros derechos reales en cosa ajena, no inscritos. Dicha corriente ha venido siendo conocida como dualismo hipotecario, recibiendo, por el contrario, el nombre de monistas, los que han sostenido la existencia de un mismo tercero en ambos preceptos.

13ª.- El sostenimiento de una u otra tesis en la interpretación del art. 32 LH. tiene múltiples consecuencias: la coexistencia o no en el sistema registral inmobiliario español de dos mecanismos de protección para terceros adquirentes (un sistema latino de inoponibilidad y un sistema germánico de fe pública registral); cuáles sean los requisitos que deba reunir el tercero mencionado en el art. 32 LH. y 606 CC. para su protección registral y qué interpretación deba darse al art. 1473. 2 del Código Civil; si la falta de inscripción de un título de dominio o de cualquier otro derecho real es, en caso de ser inscrito otro título

contradictorio con el no inscrito, un supuesto de conflicto de títulos que se resuelva por medio de la inscripción, o un supuesto de inexactitud registral rectificable con efectos sustantivos en favor del *verus dominus* y con perjuicio de todo tercero que no reúna los cuatro requisitos del art. 34 LH.; la situación de protección, o de ausencia de protección, frente a títulos no inscritos, para el inmatriculante, el que reanuda el tracto sucesivo interrumpido, los terceros a los que les falta el requisito de la previa inscripción al adquirir porque su transmitente aún no había obtenido la inscripción de su título en el Registro, los terceros adquirentes por título lucrativo o con mala fe y el anotante de embargo.

14ª.- Ante la oscuridad del término tercero en el art. 32 LH vigente, tanto la tesis monista como la dualista parten en su desarrollo del elemento histórico: el método es correcto, porque existe una continuidad entre los artículos 1858 y 1859 del Proyecto de CC. 1851, el art. 23 LH. 1861 y los arts. 606 y 1473.2 CC. y 32 LH. vigente. Por tal motivo, la interpretación de este precepto debe comenzar por el elemento histórico, para determinar así quién fuese el tercero creado por el legislador en 1861 y quién sea el tercero del vigente art. 32 LH..

15ª.- De la anotación marginal contenida en el Manuscrito A1 del Anteproyecto de los Títulos de la hipoteca y registro público, redactados por Claudio Antón de Luzuriaga, (anotación marginal al art. 93), se desprende que el tercero no perjudicado por títulos traslativos de propiedad o constitutivos de derechos reales limitados no inscritos, es el tercero de buena fe que ha adquirido confiando en lo que publica una inscripción anterior no cancelada y ha inscrito su título.

16ª.- El tercero germánico del Anteproyecto de 1848 pasó al Proyecto de Código Civil de 1851 (artículos 1858, 1859, 1860 y 1862), Proyecto que en sus Títulos XIX y XX se asemejaba en todos sus aspectos al Derecho Prusiano (Ley Común Hipotecaria de Prusia de 20 de diciembre de 1783 y Código de Prusia de 5 de enero de 1794) y en el cual se estableció el principio de fe pública, si bien expresado en términos más propios de un sistema de transcripción (art. 1862). Dicho tercero germánico fue el acogido por el art. 23 LH. 1861, en relación con los arts. 77 y 156.



- 17ª.- Por tanto, la corriente dualista no tiene razón al considerar que los artículos 1858, 1859 y 1860 del Proyecto de Código Civil de 1851 adoptaban un sistema latino de publicidad y el carácter constitutivo de la inscripción respecto de tercero, pues tales artículos han de ser interpretados sistemáticamente en relación con el art. 1862, como se desprende de las notas contenidas en los trabajos manuscritos de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación.
- 18ª.- Frente al argumento de la vigencia inmediata del art. 23 LH. 1861, dado por algunos autores dualistas para sostener su autonomía respecto del art. 34, hay que afirmar que desde el 1 de enero de 1863 al 31 de diciembre de 1874, el art. 23 LH. estuvo en suspenso, produciéndose inscripciones de títulos anteriores al 1 de enero de 1863, con efecto retroactivo a la fecha de adquisición y perjuicio de tercero. Dicha suspensión fue además la misma que afectó al art. 34 LH., siendo paralela la vida de ambos preceptos hasta el 1 de enero de 1875, en que ambos entraron en vigor.
- 19ª.- Dado que el Registro de la Propiedad tuvo una continuidad formal con los libros del Oficio creados en 1845; dado que injertó a las antiguas inscripciones en el nuevo sistema y dado que todo título posterior al 1 de enero de 1863 debía generar (según la LH. 1861) una segunda inscripción, es posible afirmar que, existiendo contenidos registrales en los que poder confiar al entrar en vigor la LH. 1861, el legislador quiso exigir tal confianza al tercero que quería proteger.
- 20ª.- La organización formal del Registro creado en 1861, con folio real y riguroso principio de tracto sucesivo (con una salvedad transitoria en el art. 389 LH. 1861 y una excepción creada en 1869), guardó relación con los efectos que se pretendió que el Registro produjese. Dicha organización formal de los Libros era presupuesto de la actuación de la fe pública registral, aunque no la implicase necesariamente, y en cuanto tal presupuesto, constituye un indicio de que el sistema registral diseñado por el legislador fue un sistema de fe pública registral.

- 21ª.- Tanto la expresión "título anterior no inscrito" del art. 34 LH. 1861, como el párrafo segundo incorporado en el art. 23 LH. en la reforma de 1869, son muestra de que ambos artículos otorgaban al tercer adquirente una misma protección frente a los títulos anteriores no inscritos, y por lo tanto, de que la supeditarían al cumplimiento de unos mismos requisitos.
- 22ª.- De la presentación a las Cortes de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, por el procurador Sr. Fernández Cuesta, parece desprenderse que el tercero hipotecario es sólo el que reúne los requisitos del art. 34 del proyecto de reforma.
- 23ª.- La utilización de los elementos literal, lógico y sistemático en la interpretación del art. 32 LH. también conduce al sostenimiento de la tesis monista. Una interpretación exclusivamente literal del art. 32 LH. sería contraria al art. 609 CC.. De la misma manera que la tesis dualista abandona la literalidad del artículo para exigir que el tercero haya inscrito su derecho, debe abandonarla para poner el precepto en coordinación con otros preceptos de la Ley Hipotecaria y del Código Civil.
- 24ª.- La rectificación del Registro solicitada judicialmente por el titular del dominio o del derecho real que no esté inscrito (art. 40.1 LH. en relación con el art. 609 y 1473.3 primer período, del CC.), podrá perjudicar a todo titular inscrito que no reúna los requisitos de buena fe, título oneroso y adquisición durante la vigencia del asiento inexacto (art. 40 *in fine a contrario sensu*). No existiría, por tanto, en el Derecho español un tercero que pudiese ser protegido frente a títulos no inscritos, por el mero hecho de dar publicidad registral al suyo. Su asiento sería rectificable, en su perjuicio, a iniciativa del titular del dominio o derecho real no inscrito, derechos no inscritos que no podría desconocer (arts. 608, 609, 1473.3 primera parte y 1537 CC). En consecuencia, el tercero del art. 32 LH., en relación con el art. 40.1.a) de la misma y párrafo final de este precepto, y con el art. 1473.2 CC., es el tercero germánico del art. 34 LH..
- 25ª.- Por otra parte, si admitiésemos que el art. 32 LH. se refiere al utilizar el término tercero a un adquirente de un derecho real que simplemente inscribió su título, los arts. 32

y 69 LH. estarían en flagrante contradicción. Según el primero, el título no anotado debidamente (en plazo), no perjudicaría al inmatriculante. En cambio, según el art. 69 LH. *a contrario sensu*, el derecho no anotado en plazo podría perjudicar al inmatriculante. Tal contradicción entre preceptos que originaría la interpretación autónoma del art. 32 LH., parece restar fuerza a los argumentos dualistas.

26ª.- El art. 1473.2 CC. no parece ser un argumento en favor de la eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación, sino un resultado del juego de la fe pública registral y una aplicación del art. 23 (hoy 32) de la LH.

27ª.- De una interpretación lógica y sistemática de los artículos 30, 31 y 32 LH., resultaría que el título inscrito indebidamente (sin sujetarse a las prescripciones formales de la LH.) no perjudica a tercero que reúne los requisitos del art. 34 LH..

28ª.- La realidad social actual muestra que los adquirentes son conscientes de que el hecho de que su transmitente no tenga inscrito su título en el Registro, constituye una situación potencialmente problemática, cuando menos.

29ª.- La tesis monista es acogida por el Tribunal Supremo en diversas líneas jurisprudenciales. Así, por ejemplo, existe una línea jurisprudencial que argumenta en sentido monista como premisa ineludible para resolver el punto litigioso, destacando en esta línea la STS. 7 abril 2000 (RJA. 2000/2498), en la que fue ponente el Excmo. Sr. Magistrado Xavier O' Callaghan. En su fundamento de derecho cuarto se afirma: ... el artículo 32 de la Ley Hipotecaria: éste integra la presunción de exactitud registral y, junto con el artículo 34, plasma el llamado principio de fe pública registral que constituye la eficacia ofensiva de la inscripción y cuando dispone que los títulos no inscritos no perjudican en [sic] tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido del titular registral. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria ..." Dicha línea es igualmente seguida por la

STS. de 30 de octubre de 2000 (RJA. 2000/8556); STS. de 12 julio de 1996 (RJA. 1996/5581), STS. de 27 febrero de 1995 (RJA. 1995/1650), y jurisprudencia que cita; STS de 23 de mayo de 1989 (RJA. 1989/3878) y STS. de 7 de diciembre de 1987 (RJA. 1987/9280). En otra línea jurisprudencial, que se remonta al siglo XIX, se niega que el anotante de embargo goce de la protección del art. 32 LH..

30ª.- Dadas las anteriores premisas, sostenemos la TESIS de que el tercero del artículo 32 LH. es el mismo tercero germánico del art. 34 LH., tercero que carece de antecedentes en el sistema de las Pragmáticas Reales y en el sistema registral decimonónico; tercero germánico que apareció con anterioridad a la LH. 1861, en el Proyecto de CC. de 1851, y que aquélla asumió haciéndolo suyo.

## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

### CAPÍTULO SEGUNDO:

STS. 11 enero 1895. VI.1.1

STS. 28 junio 1897. VI.1.1

STS. 2 junio 1900. V.8

STS. 9 julio 1900. VI.1.1

STS. 27 octubre 1900. VI.1.1

STS. 8 mayo 1901. VI.1.1

STS. 12 mayo 1903. VI.1.1

STS. 30 agosto 1903. VI.1.1

STS. 20 diciembre 1904. VI.1.1

STS. 11 mayo 1909. V.8

STS. 28 junio 1941 (RJA. 761/1941). V.8

STS. 26 febrero 1949 (RJA. 258/1949). V.8

STS. 22 de junio de 1949. V.8.

STS. 10 diciembre 1951 (RJA. 2363/1951). V.8

STS. 5 noviembre 1956 (RJA. 4114/1956). V.8

STS. 10 abril 1957 (RJA. 1949/1957). V.8

STS. 1 julio 1958 (RJA. 2528/1958). V.8

STS. 24 febrero 1959 (RJA. 1080/1959)

STS. 24 abril 1962 (RJA. 2093/1962). V.8.

STS. 11 mayo 1962 (RJA. 2313/1962). V.8

STS. 6 diciembre 1962 (RJA. 5058/1962). V.8

STS. 3 octubre 1963 (RJA. 3964/1963). V.8

STS. 22 noviembre 1963 (RJA. 4958/1963). V.8  
 STS. 12 noviembre 1970 (RJA. 5104/1970). V.8  
 STS. 28 marzo 1979 (RJA. 973/1979). V.8  
 STS. 8 mayo 1982 (RJA. 2559/1982). III. 5.4; III.7  
 STS. 4 marzo 1988 (RJA. 1554/1988). III.4; III.7  
 STS. 17 octubre 1989 (RJA. 6928/1989). III.7  
 STS. 12 julio 1996 (RJA. 5581/1996). III.4  
 STS. 25 julio 1996. (RJA. 5572/1996). III.4  
 STC. 69/1995 de 9 de mayo (La Ley, 3 - 1995. Págs., 3 y ss.) III. 7  
 STS. 19 octubre 1998. (RJA. 8072/1998). VI. 2

### **CAPÍTULO TERCERO:**

STS. 3 octubre 1882. II.8  
 STS. 26 febrero 1883. II.8  
 STS. 30 mayo 1883. II.8  
 STS. 4 abril 1884. II.8  
 STS 14 abril 1898. III.5  
 STS. 3 junio 1899. III.5  
 STS. 28 noviembre 1900. III.1  
 STS. 26 marzo 1901. II.8.  
 STS. 17 enero 1903. III.1  
 STS. 13 mayo 1908. III.1  
 STS. 2 marzo 1910. II.8  
 STS 17 febrero 1911. III.5  
 STS. 24 noviembre 1914. III.5  
 STS. 21 marzo 1928. III.5  
 STS. 29 noviembre 1928. III.5  
 STS. 14 marzo 1936. III.5  
 STS. 23 junio 1951 (RJA. 1882/1951). III.5

STS. 23 mayo 1955 (RJA. 1708/1955). III.5  
 STS. 13 diciembre 1955 (RJA. 3617/1955). III.3  
 STS. 12 abril 1957. III.5  
 STS. 6 diciembre 1962 (RJA. 5058/1962) III.5.1.  
 STS. 19 febrero 1970 (RJA. 936/1970). III.5.  
 STS. 7 abril 1971 (RJA. 2272/1971). III.5  
 STS. 2 octubre 1976. III.3  
 STS. 16 febrero 1981 (RJA. 528/1981). III.5.1  
 STS. 7 marzo 1981 (RJA. 903/1981). III.1  
 STS. 10 febrero 1983 (RJA. 961/1983). III.5.1  
 STS. 17 diciembre 1984 (RJA. 6286/1984). III.5.1  
 STS. 3 mayo 1985. III.1  
 STS. 30 junio 1986 (RJA. 4403/1986). III.5  
 STS. 4 marzo 1988. (RJA. 1554/1988). III.5.1  
 STS. 14 julio 1988 (RJA. 5689/1988). III.3  
 STS. 11 abril 1992 (RJA 3096/1992). III.5  
 STS. 17 noviembre 1992 (RJA 9234/1992). III.5  
 STS. 8 marzo 1993 (RJA. 2052/1993). III.5  
 STS. 25 marzo 1994 (RJA. 2535/1994). III.5  
 STS. 25 julio 1996 (RJA. 5572/1996). III.5  
 STS. 29 enero 1997 (RJA. 145/1997). III.3  
 STS. 19 octubre 1998 (RJA. 8072/1998). III.3  
 STS. 7 abril 2000 (RJA. 2498/2000). I  
 STS 18 abril 2000 (RJA. 2975/2000). IV  
 STS. 8 marzo 2001. (RJA. 3975/2001) I.2

## **CAPÍTULO CUARTO:**

STS. 7 marzo 1896. II.10.2  
 STS. 5 enero 1899. II.10.3

STS. 28 marzo 1903. II.10.2  
STS. 7 octubre 1903. II.10.3  
STS. 22 diciembre 1906. II.7  
STS. 13 mayo 1908. II.2.4  
STS. 11 mayo 1909. II.6  
STS. 2 marzo 1910. II. 10.2  
STS. 21 febrero 1912. II.10.2  
STS. 5 julio 1917. II.10.2  
STS. 31 octubre 1928. II.10.2  
STS. 20 noviembre 1928. II.10.2  
STS. 29 noviembre 1928. II.2.4  
STS. 31 octubre 1929. II.2.4  
STS. 12 julio 1941 (RJA. 911/1941). II.9  
STS. 22 enero 1943. II.10.2  
STS. 2 marzo 1943 (RJA. 404/1943). II.10.2  
STS. 22 marzo 1943. II.10.2  
STS. 11 febrero 1946 (RJA. 120/1946). II.2.4  
STS. 26 junio 1946 (RJA. 840/1946). II.10.1  
STS. 1 junio 1948 (RJA. 954/1948). II.3  
STS. 26 febrero 1949 (RJA. 258/1949). II.1; II.5; II.10.3  
STS. 28 junio 1949 (RJA. 736/1949). II.10.3  
STS. 23 junio 1951 (RJA. 1882/1951). II.2.1  
STS. 31 octubre 1951 (RJA. 2634/1951). II.3  
STS. 24 mayo 1952 (RJA. 846/1952). II.7  
STS. 18 febrero 1954 (RJA. 1295/1954). II.10.2  
STS. 11 junio 1954 (RJA. 1870/1954). II.2.4; II.2.5  
STS. 23 mayo 1955 (RJA. 1708/1955). II.2.1  
STS. 17 febrero 1956 (RJA. 1497/1956). II.10.3  
STS. 25 febrero 1956 (RJA. 1502/1956). II.7  
STS. 2 abril 1957 (RJA. 1579/1957). II.3



- STS. 10 abril 1957 (RJA. 1949/1957). II.10.4
- STS. 17 noviembre 1959 (RJA. 4713/1959). II.2.4
- STS. 30 enero 1960 (RJA. 895/1960). II.2.4; II.3; II.4; II.7; II.10.3
- STS. 29 febrero 1960 (RJA. 943/1960). II.10.3
- STS. 29 marzo 1960 (RJA. 1255/1960). II.3; II.5; II.10.3
- STS. 1 abril 1960 (RJA. 1268/1960). II.10.3
- STS. 24 abril 1962 (RJA. 2093/1962). II.1; II.5; II.6; II.10.3
- STS. 29 noviembre 1962 (RJA. 4748/1962). II.10.2
- STS. 14 marzo 1963 (RJA. 1695/1963). II.4
- STS. 3 octubre 1963 (RJA. 3964/1963). II.3; II.4
- STS. 22 noviembre 1963 (RJA. 4958/1963). II.1; II.5; II. 10.3
- STS. 31 diciembre 1963 (RJA. 69/1964). II. 10.3
- STS. 20 mayo 1964. II.10.3
- STS. 30 septiembre 1964 (RJA. 4101/1964). II.3
- STS. 25 mayo 1965 (RJA. 3016/1965). II.2.4
- STS. 2 julio 1965 (RJA. 3692/1965). II.3; II.4
- STS. 17 octubre 1967 (RJA. 3697/1967). II.10.3
- STS. 30 noviembre 1967 (RJA. 4867/1967). II.2.4
- STS. 21 mayo 1968 (RJA. 2483/1968). II.2.4
- STS. 14 diciembre 1968 (RJA. 5859/1968). II.10.2
- STS. 24 enero 1969 (RJA. 201/1969). II.2.4
- STS. 31 diciembre 1969 (RJA. 1361/1970). II.2.4
- STS. 29 mayo 1970 (RJA. 3417/ 1970). II.3
- STS. 12 junio 1970 (RJA. 2921/1970). II.10.2
- STS. 12 noviembre 1970 (RJA 5104/1970). II.1; II.5; II.6; II.10.3
- STS. 21 diciembre 1970 (RJA. 5604/1970). II.7
- STS. 7 abril 1971 (RJA. 2272/1971). II.2.1; II.3
- STS. 18 febrero 1974 (RJA. 924/1974). II.2.5
- STS. 30 abril 1974 (RJA. 1802/1974). II.2.4
- STS. 31 enero 1975 (RJA. 269/1975). II. 3

STS. 30 diciembre 1975. II.7

STS. 22 marzo 1976 (RJA. 1424/1976). II.4

STS. 31 enero 1978 (RJA. 229/1978). II.10.2

STS. 17 marzo 1978 (RJA. 1052/1978). II.10.2

STS. 18 diciembre 1978 (RJA. 330/1979). II.2.2; II.2.3

STS. 9 abril 1979 (RJA. 1519/1979). II.4

STS. 29 mayo 1979 (RJA. 1950/1979). II.7

STS. 28 septiembre 1979 (RJA. 3125/1979). II.10.1

STS. 26 febrero 1980 (RJA. 534/1980). II.10.2

STS. 27 junio 1980 (RJA. 3080/1980). II.7

STS. 23 octubre 1980 (RJA. 3635/1980). II.7

STS. 16 febrero 1981 (RJA. 528/1981). II.2.4; II.2.5

STS. 16 marzo 1981 (RJA. 915/1981). II.2.4

STS. 8 mayo 1982 (RJA. 2559/1982). II.3; II.6

STS. 8 diciembre 1982 (RJA. 7461/1982). II.10.2

STS. 13 diciembre 1982 (RJA. 7476/1982). II.10.2

STS. 31 octubre 1983 (RJA. 5852/1983). II.10.3

STS. 27 diciembre 1983 (RJA. 7008/1983). II.10.2

STS. 3 noviembre 1984 (RJA. 5364/1984). II.10.2

STS. 17 diciembre 1984 (RJA. 6286/1984). II.2.4; II.2.5; II.4

STS. 31 enero 1985 (RJA. 224/1985). II.2.5

STS. 3 mayo 1985 (RJA. 2256/1985). II.2.4

STS. 30 junio 1986 (RJA. 4403/1986). II.2.4; II.3

STS. 22 diciembre 1986 (RJA. 7794/1986). II.5

STS. 30 junio 1986 (RJA. 4403/1986). II.2.1

STS. 18 marzo 1987 (RJA. 1514/1987). II.4; II.10.1

STS. 7 diciembre 1987 (RJA. 9280/1987). II.4; II.10.1

STS. 4 marzo 1988 (RJA. 1554/1988)

STS. 12 diciembre 1988 (RJA. 9428/1988). II.10.2

STS. 23 enero 1989 (RJA. 115/1989). II.2.4

STS. 23 mayo 1989 (RJA. 3878/1989). II.3; II.4; II.10.1  
STS. 17 octubre 1989 (RJA. 6928/1989). II.4; II.10.1  
STS. 20 octubre 1989 (RJA. 6945/1989). II.10.3  
STS. 24 octubre 1989 (RJA. 6956/1989). II.4  
STS. 7 diciembre 1989 (RJA. 8808/1989). II.4  
STS. 16 febrero 1990 (RJA. 692/1990). II.10.2  
STS. 20 julio 1990 (RJA. 6122/1990). II.2.5  
STS. 15 noviembre 1990 (RJA. 8712/1990). II.3; II.10  
STS. 21 diciembre 1990 (RJA. 10591/1990). II.7  
STS. 1 julio 1991 (RJA. 5311/1991). II.10.3  
STS. 11 abril 1992 (RJA. 3096/1992). II.2.1; II.3  
STS. 8 mayo 1992 (RJA. 3890/1992). II. 4  
STS. 20 mayo 1992 (RJA. 4915/1992). II.7  
STS. 11 julio 1992 (RJA. 6280/1992). II.10.3  
STS. 17 noviembre 1992 (RJA. 9234/1992). II.2.1; II.3  
STS. 18 noviembre 1992 (RJA. 9236/1992). II.7  
STS. 19 noviembre 1992 (RJA. 9243/1992). II.10.2  
STS. 23 diciembre 1992 (RJA. 10685/1992). II.5; II.10.3  
STS. 8 marzo 1993 (RJA. 2052/1993). II.2.1; II.3; II.4; II.6; II.10; II.10.1  
STS. 15 marzo 1993 (RJA. 2277/1993). II.7  
STS. 13 abril 1993 (RJA. 2999/1993). II.6  
STS. 9 julio 1993 (RJA. 6001/1993). II.4  
STS. 21 julio 1993 (RJA. 6273/1993). II.10.1  
STS. 5 octubre 1993 (RJA. 7463/1993). II.10.2  
STS. 25 marzo 1994 (RJA. 2535/1994). II.1; II.2.1; II.3; II.6; II.10.1  
STS. 22 abril 1994. (RJA. 3083/1994). II.1; II.6; II.10.1  
STS. 10 mayo 1994 (RJA. 3896/1994). II.10.2  
STS. 10 junio 1994 (RJA. 5224/1994). II.10.3  
STS. 24 octubre 1994 (RJA. 7680/1994). II.10.1  
STS. 11 noviembre 1994 (RJA. 9318/1994). II.9

STS. 27 febrero 1995 (RJA. 1650/1995). II.4; II.10.1  
STS. 31 marzo 1995 (RJA. 2793/1995). II.10.3  
STSJ. (Navarra) 3 junio 1995 (RJA. 5183/1995). II.6  
STSJ. (Navarra) 5 junio 1995 (RJA. 5184/1995).II.6  
STS. 1 abril 1996 (RJA. 2876/1996). II.1  
STS. 14 junio 1996 (RJA. 4772/1996). II.10.2  
STS. 12 julio 1996 (RJA. 5581/1996). II.3; II.4  
STS. 25 julio 1996 (RJA. 5572/1996). II.2.1; II.6; II.10.1  
STS. 27 septiembre 1996 (RJA. 6645/1996). II.2.4  
STS. 25 noviembre 1996 (RJA. 8559/1996). II.2.1; II.2.4; II.7; II.10.3  
STS. 5 diciembre 1996 (RJA. 9046/1996). II.2.1  
STS. 12 mayo 1997 (RJA. 3836/1997). II.10.4  
STS. 1 julio 1997 (RJA. 5504/1997). II.2.1  
STS. 3 julio 1997 (RJA. 5475/1997). II.1  
STS. 4 mayo 1998 (RJA. 3229/1998). II.10.4  
STS. 8 abril 1998 (RJA. 10411/1998). II.3  
STS. 18 abril 1998 (RJA. 2507/1998). II. 10.2  
STS. 16 junio 1998 (RJA 5056/1998). II.5  
STS. 19 septiembre 1998 (RJA. 6744/1998)  
STS. 13 octubre 1998 (RJA. 7562/1998). II.10.3  
STS. 19 octubre 1998 (RJA 8072/1998). II.6; II.10.1; II.10.3  
STS. 5 febrero 1999 (RJA. 749/1999)  
STS. 6 abril 1999 (RJ A. 2655/1999). II.1  
STS. 29 julio 1999 (RJA. 5909/1999). II.2.5  
STS. 25 octubre 1999 (RJA. 7623/1999). II.2.5  
STS. 10 diciembre 1999 (RJA. 9484/1999). II.2.1; II.3; II.6  
STS. 7 abril 2000 (RJA. 2498/2000). II.4  
STS. 1 junio 2000 (RJA. 4398/2000). II.2.5  
STS. 14 junio 2000 (RJA. 4413/2000). II.2.4  
STS. 21 junio 2000 (RJA. 5736/2000). II.6; II.10.1

STS. 24 julio 2000 (RJA. 7142/2000). II.2.4  
STS. 24 julio 2000 (RJA. 6182/2000). II.9  
STS. 30 octubre 2000 (RJA. 8556/2000). II.4  
STS. 22 diciembre 2000 (RJA. 10136/2000). II.6; II.10.1  
STS. 8 febrero 2001 (RJA. 1166/2001). II.2.4  
STS. 8 marzo 2001 (RJA. 3975/2001). II.3  
STS. 23 marzo 2001 (RJA. 3187/2001). II.7  
STS. 27 marzo 2001 (RJA. 4769/2001). II.10.3  
STS. 22 junio 2001 (RJA. 5071/2001). II.1; II.2.1; II.6  
STS. 5 julio 2001. (RJA. 4992/2001). II.9  
STS. 17 octubre 2001 (RJA. 8640/2001). II.1  
STS. Sala de lo Penal. 27 octubre 2001. (RJA. 9348/2001). II.5  
STS. 18 febrero 2002 (RJA. 3511/2002). II.10.2  
STS. 23 mayo 2002 (RJA. 6422/2002). II.3  
STS. 21 junio 2002. II.8  
STS. 14 octubre 2002. (RJA. 255/2003). II.10.3  
STS. 28 octubre 2002 (RJA. 9310/2002). II.5; II.10.3  
STS. 5 diciembre 2002 (RJA. 10429/2002). II.2.1; II.3; II.10.3  
STS. 21 marzo 2003 (RJA. 2915/2003). II.10.2

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Vol. 1º. Introducción y Derecho de la persona. 12ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1991.

ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Vol. 2º. La relación, las cosas y los hechos jurídicos. 11ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1991.

ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2º. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales. 9ª Edición. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994.

ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Vol. 1º y 2º. 8ª Edición, José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994.

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL. *Comentario al art. 606 CC.*. En: AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, JOSÉ MARÍA y ROCA JUAN, ROCA. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo*. Tomo VII, Vol. 2º. Artículos 530 a 608. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1990.

BARRACHINA Y PASTOR, FEDERICO. *Comentarios a la ley hipotecaria publicada por R. D. de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil*. Tomo I. 2ª Edición. Establecimiento Tipográfico de Hijos de J. Armengot. Castellón, 1915.

BERAUD, FRANCISCO y LEZÓN FERNÁNDEZ, MANUEL. *Tratado de Derecho inmobiliario*. 2 Tomos. Instituto Reus. Madrid, 1927.

CALDERÓN NEIRA, MANUEL. *Estudios Hipotecarios*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1885.

CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. *Elementos de Derecho Hipotecario*. 2 Tomos. 2ª Edición, reformada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931.

CANALES E IBÁÑEZ, NICOLÁS. *Legislación Hipotecaria Española. Historia, concordancia y explicación filosófica y exegética de las leyes de 1861 y 1869, y de los reglamentos dados para su ejecución*. 2 Tomos. Librería del Editor D. José López Guevara. Granada, 1875.

CARDELLACH Y BUSQUETS, PABLO. *Jurisprudencia práctica o fórmulas contractuales comentadas según las leyes comunes, y según la Ley Hipotecaria aplicada a todas las provincias de España*. Imprenta de Magriñá y Subirana. Barcelona, 1862.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I. Parte General. 5ª Edición, totalmente refundida con arreglo al Cuestionario de 25 de noviembre de 1940. Instituto Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1941.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo I. Vol. 2º. Teoría de la relación jurídica. Reimpresión de la 14ª Edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Reus, S.A.. Madrid, 1987.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo cuarto. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. 15ª Edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1993.

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. *Principio de legitimación, protección registral del tercer adquirente inscrito y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias: comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994*. En: CLEMENTE MEORO, MARIO. (Coord.) "Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello". Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

CLEMENTE MEORO, MARIO (Coord.). *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Lecciones de Derecho Hipotecario. (La ley de 30 de diciembre de 1944)*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1945

DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. 2ª Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. 2 Tomos. 2ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 1967 - 1968.

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. 2 Tomos. 4ª Edición actualizada. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid, 2000.

DÍAZ MORENO, D.E. *Estudios elementales y cuestiones prácticas de legislación hipotecaria expuestos con sujeción al programa publicado en la << gaceta >> de 4 de diciembre de 1896, que se redactó para el primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes á registradores de la propiedad*. 2 Tomos. Romero, Impresor. Madrid, 1897.

DÍEZ - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. 2º. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión. Editorial Tecnos. Madrid, 1978.

DÍEZ - PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. Las relaciones jurídico - reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1995.

ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político - administrativas*. 6ª Edición. Gráficas Solana. Madrid, 1990.

GALINDO DE VERA, LEÓN y ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y ultramar*. 2 Tomos. Imprenta de la rifa "Escuelas Católicas". Madrid, 1880.



GALINDO DE VERA, LEÓN y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, RAFAEL. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. 4ª Edición. Corregida, aumentada y arreglada al Código civil vigente por D. RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA. 4 Tomos. Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo. Madrid. Reimpreso en 1903.

GALO SÁNCHEZ. *Curso de Historia del Derecho. Introducción y Fuentes*. 10ª Edición, revisada por José Antonio Rubio. Miñón, S.A., Valladolid, 1982.

GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Civil*. I. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1979.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL. *Comentario al art. 1473 CC.*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo*. Tomo XIX. Artículos 1445 a 1541. Edersa. Madrid, 1980.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo I. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad. 1ª Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 32 LH.*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 33 LH.*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 34 LH.*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*. Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *Comentario al art. 38 LH.* En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart.* Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* 4 Tomos en 2 Volúmenes. Imprenta de la Sociedad Tipográfica - Editorial. Madrid, 1852.

GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO. *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción. Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño.* Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998.

GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO. *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación.* 2 Tomos. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1862.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil.* 3 Tomos. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1948.

GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *¿Monismo o dualismo hipotecario?. Hablen los autores del sistema.* Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez - Picazo. Tomo III. Derechos Reales. 1ª Edición. Thomson - Civitas. 2003. Págs., 3887 a 3916.

GOROSABEL, PABLO. *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación; Escrita bajo el método de los códigos modernos.* Imprenta de la Viuda de la Lama. Tolosa, 1832.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO. *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 6 Tomos. Madrid, 1862 - 1874. Hay edición facsimilar numerada de 1000 ejemplares de la versión original. Editorial Lex Nova, S.A..

HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Hipotecario*. 2ª Edición, aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970.

HERNÁNDEZ DE LA RUA, VICENTE. *Comentario a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*. Imprenta que fue de Operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo. Madrid, 1853.

JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, IGNACIO y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, MIGUEL. *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. Edición 5ª. Corregida notablemente y aumentada la parte histórica que comprende la introducción. Imprenta de Ramón Ruiz. Madrid, 1792. Hay Edición Facsímil de la Editorial Lex Nova, S.A.. Valladolid, 1975.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Con la colaboración ... de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. 2ª Edición. Zaragoza, 1957.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. *Derecho inmobiliario registral*. 2ª Edición enteramente refundida. José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1984. Reimpresión, 1991.

LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M. y MONTÉS PENADÉS, VICENTE L. (Coords.). *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentario a los arts. 605 a 608 CC.*. En: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IV. 5ª edición, corregida y aumentada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentario a los arts. 605 a 608 CC.*. En: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IV. Reus, S.A.. Madrid, 1972.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentario al art. 1473 CC*. En: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X. 4ª edición, corregida y aumentada. Editorial Reus, S.A.. Madrid, 1931.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentario al art. 1473 CC*. En: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X, Vol. 1º. 6ª Edición, revisada por José María Bloch. Reus, S. A.. Madrid, 1969.

MARCELINO CABREROS DE ANTA, C. M. F.; ARTURO ALONSO LOBO, O.P.; SABINO ALONSO MORÁN, O. P.. *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. I. Cánones 1 - 681. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1963.

DE MERCADO, FRAY TOMÁS. *Suma de Tratos y Contratos*. 2 Volúmenes. Salamanca, 1569. Edición y estudio preliminar por NICOLÁS SÁNCHEZ-ALBORNOZ. Transcripción de GRACIELA S.B. DE SÁNCHEZ-ALBORNOZ. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid, 1977.

MOLINA GARCÍA, ANTONIO. *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1975.

MORELL Y TERRY, JOSÉ. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. 6 Tomos. Hijos de Reus, Editores. Madrid, 1916 - 1920.

MORELL Y TERRY, JOSÉ. *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*. Vol. 21. Hijos de Reus, editores. Madrid, 1917.

O'CALLAGHAN, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Derechos reales e hipotecario. 4ª Edición. Editorial de Derecho Reunidas, S.A.. Madrid, 2002.

OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO. *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la península, islas adyacentes, Canarias, Territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*. Tomo I. Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid, 1892 - 1896.

DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 39 LH.* En: ALFONSO RODRÍGUEZ, CORRAL DUEÑAS y otros. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart.* Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999.

DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. *Comentario al art. 40 LH.* En: AFONSO RODRÍGUEZ, CORRAL DUEÑAS y otros. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart.* Tomo VII, Vol. 4º. Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria. Edersa. Madrid, 1999.

PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del CC.* EN: MINISTERIO DE JUSTICIA. *Comentario del Código Civil.* Dirigido por Cándido Paz - Ares Rodríguez, Luis Diez - Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch. 2 Tomos. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* 1ª Edición. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1982.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* 3ª Edición. 2 Tomos. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* 2 Tomos. 4ª Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001.

PÉREZ PEDRERO, EDUARDO y SIDRO SURGA, JOSÉ. *Repertorio de la Legislación hipotecaria de España ó sea la Ley Hipotecaria, precedida de la exposición de motivos y fundamentos redactada por la comisión de Codificación; concordada con las leyes, reales órdenes, decretos, circulares y tratados internacionales que testualmente se incluyen para la mejor inteligencia de sus disposiciones; explicada con arreglo á los mas aceptables principios de derecho; comparada con el derecho hipotecario que deroga y modifica y con el derecho comun vigente que en gran parte altera y varía; y completada con el reglamento general, modelos para su ejecución, la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos*

*públicos sujetos á registro, é indices particulares y alfabéticos de todas las materias que abraza y comprende este Repertorio.* 2 Tomos. Imprenta de Luis Palacios. Madrid, 1861.

PUGIBRUTAU, JOSÉ. *Compendio de Derecho Civil.* Vol. III. Derechos reales. Derecho hipotecario. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1989.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA y Roca - Sastre Muncunill, Luis. *Derecho hipotecario.* 9 Tomos y 1 suplemento. 8ª Edición, revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona, 1995 - 1999.

RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *La doble venta y la doble disposición.* José María Bosch Editor, S.A.. Barcelona, 1994.

SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN. *Curso de ampliación del Derecho Civil Español.* Imprenta Hispana de Vicente Castaños. Barcelona, 1857.

SALA, JUAN. *Ilustración del Derecho Real de España.* 2 Tomos. 2ª Edición, corregida y adicionada por su autor, y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilación. Oficina de Don José del Collado. Madrid, 1820.

SAÑZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria.* Academia Matritense del Notariado. Madrid, 1946.

SAÑZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Instituciones de Derecho Hipotecario.* 2 Tomos. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1947 - 1955.

SEÑERNA VALLEJO, MARGARITA. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español. Apéndice Documental.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1996.

SOLER Y CASTELLÓ, FEDERICO. *Diccionario de la legislación hipotecaria y notarial de España y Ultramar.* 2 Tomos. Imprenta de la Librería Católica de S. José de los Sres. Lezcano y Compañía. Madrid, 1882 - 1884.

THOMAS AQUINAS, S. Doctor Angelicus. *Summa Theologiae*. Prima Secundae. Biblioteca de Autores Cristianos. Tertia Editio. Matriti, MCMLXII.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas*. I. Temas generales. 2ª Edición ampliada. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1985.

### **Artículos de revistas, ponencias y comunicaciones.**

ALBALADEJO, MANUEL. *Pluralidad de ventas de una misma cosa*. RDP., Noviembre 1976. Págs., 885 a 894.

ALBALADEJO, MANUEL. *Donación mortis causa, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de julio de 1996*. RDP. Tomo LXXXI; junio 1997. Págs., 486 a 510.

ALONSO FERNÁNDEZ, JOSÉ. *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*. RCDI., Mayo 1945. N.º 204. Págs., 305 a 317.

ARNAIZ RAMOS, RAFAEL. Consultorio. ABC Inmobiliario. 10 de mayo de 2002.

BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO. *Vida jurídica. Comentario a la conferencia de NÚÑEZ LAGOS "El Registro de la Propiedad español"*. ADC., Julio - Septiembre 1949. Págs., 676 a 686.

BERNAL - QUIRÓS CASCIARO, JOSÉ TOMÁS; DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, IGNACIO; GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ERNESTO; GÓMEZ VALLEDOR, JOSÉ MARÍA; NAVARRO GONZÁLEZ, JAVIER M.; RODRÍGUEZ - ACOSTA GÓMEZ, GREGORIO F.; RUANO BORRELLA, JUAN PABLO y SARMIENTO RAMOS, JUAN. *La inexactitud registral. Sus causas. Medios de rectificación*. En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE

REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 559 a 619.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código civil)*. ADC., Octubre - Diciembre 1977. Págs., 809 a 858.

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. *Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944*. RCDI, Noviembre - Diciembre 1994. N.º 625. Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Págs., 2213 a 2237.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública*. En: "Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 451 a 465.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL. *El tercero del art. 313 LH*. En: CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS (MADRID). *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1985. Págs., 749 a 771.

GARCÍA - BERNARDO LANDETA, ALFREDO. *Los terceros registrales o internos*. RCDI., Noviembre - Diciembre 1968. N.º 469. Págs., 1493 a 1533.

GIMENO GÓMEZ - LAFUENTE, JUAN LUIS. *El principio de inoponibilidad (Artículo 606)*. En: "Centenario de la Ley de Bases del Código Civil. (Ciclo de Conferencias)." Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989. Págs., 103 a 116.

GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER. *Acciones registrales en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña. N.º 83, Marzo - abril, 1999. Págs. 379 a 397.



HERAS, FERNANDO. *Una apreciación injusta en la historia de nuestro sistema inmobiliario*. RCDI., 1944. Pág. 811 y ss..

HERMIDA LINARES, MARIANO. *El Derecho Inmobiliario Español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad*. RCDI, Septiembre 1951. N.º 280, Págs., 641 a 660. RCDI., Octubre 1951. N.º 281, Págs., 721 a 738.

HERMIDA LINARES, MARIANO. *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*. RCDI, Noviembre - Diciembre 1966. N.º 457. Págs., 1401 a 1507.

DEL HOYO, FRANCISCO. *Otra vez el concepto de tercero*. RCDI., Septiembre 1949. N.º 256. Págs., 563 a 574.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y la indefensión de los ocupantes de los inmuebles objeto de ejecución y adjudicación*. La Ley, 3- 1995. Págs., 3 a 15.

LÓPEZ TORRES, JOSÉ MARÍA. *Inexactitud, rectificación y concordancia de Registro y realidad*. RCDI., Julio 1946. N.º 218. Págs., 433 a 442.

MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, LUIS. *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"*. RCDI. Marzo - Abril, 1991. N.º 603. Págs., 575 a 648.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO P. *La primera inscripción en los Registros jurídicos*. BCRE. N.º 34. Febrero, 1998. Págs., 368 a 389. (Tomado del BCEHC. N.º 71. Noviembre - Diciembre, 1996. Págs., 409 a 436).

MONSERRAT VALERO, ANTONIO. *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*. RDP., Junio 2001. Págs., 505 a 520.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Realidad y Registro*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo CLXXVII. 1945. Pág. 414 y ss..

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *El Registro de la Propiedad Español*. RCDI, Marzo 1949. N.º 250, Págs., 137 a 171. RCDI., Abril 1949. N.º 251, Págs., 217 a 257.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*. RGLJ., 1950. Págs., 563 a 589.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Fe pública especial*. RDN., Abril - Junio 1958. Págs., 7 a 63.

PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 5 de Julio de 1991. Págs., 3364 y ss..

PELAYO ORE. *La reforma hipotecaria. El artículo 34*. RDP, 1945. N.º 336, Págs. 145 a 150.

PUIG SALELLAS, JOSÉ MARÍA. *La publicidad inmobiliaria*. XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971. En: JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES. *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos internacionales del Notariado latino*. Tomo III. Gráficas Cóndor, S.A.. Madrid, 1975.

DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944*. RCDI, 1945. El texto se recoge en el Tomo III de *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Pág. VII y ss..

DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962. Recogido en: ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II. Madrid, 1976. Págs., 633 a 680.

DE LA RICA Y MARITORENA, RAMÓN. *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*. RCDI., mayo - junio, 1970. N.º 478. Págs. 703 a 730.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria. (Breve examen informativo-crítico)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Marzo, 1945. Pág. 1 y ss..

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., Septiembre - Octubre 1962. Nº 412 - 413. Págs., 585 a 604.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*. RCDI., Julio - Agosto 1965. Nº 446 - 447. Págs. 781 a 829.

RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva*. RCDI, Julio - Agosto 1996. N.º 635. Págs. 1539 a 1584.

SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Un aspecto de la fe pública registral. Sobre una interpretación equivocada del artículo 34 de la ley*. RDP, 1945. Nº 337. Págs. 225 a 231.

SANZ FERNÁNDEZ., ÁNGEL. *El Registro y la realidad jurídica*. Conferencia pronunciada en la Academia Martinetes del Notariado el día 23 de mayo de 1961. AAMN, 1965 (Tomo XIV). Págs., 397 a 480.

SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS. *Monismo, dualismo, triadismo*. RCDI. Julio - Agosto, 1989. Nº 593. Págs., 1203 a 1211.

IRIARTE BERASÁTEGUI, JOSÉ. *Revisión de ideas*. RCDI., 1950. Nº 261, Págs., 116 a 125; Nº 262, Págs., 161 a 166; Nº 263, Págs. 239 a 256; Nº 264, Págs. 321 a 331; Nº 265, Págs., 385 a 390; Nº 266 - 267, Págs. 461 a 477; Nº 268, Págs., 553 a 568; Nº 269, Págs., 644 a 654; Nº 270, Págs., 747 a 757.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.. *Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral*. RCDI., Julio - Agosto 1947. Págs., 465 a 480.

VILLARES PICÓ, MANUEL. *La posesión y el Registro*. RCDI., Julio - Agosto 1947. N.º 230-231. Págs., 409 a 448.

VILLARES PICÓ, MANUEL. *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI, Mayo 1949. N.º 252. Págs., 289 a 317.

DE ZUMALACÁRREGUI Y M. CORDOVA, TOMÁS. *Inexactitud registral y concordancia entre Registro de la Propiedad y realidad jurídica. Apuntes y sugerencias*. En: "Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho registral". ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid, 1983. Págs., 469 a 513.

## BIBLIOGRAFÍA EXISTENTE

BARRACHINA Y PASTOR, FEDERICO. *Comentarios a la ley hipotecaria publicada por R. D. de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil*. 4 Tomos. 1ª Edición. Establecimiento Tipográfico de Hijos de J. Armengot. Castellón, 1910 - 1911.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Estudios de Derecho Hipotecario. (Orígenes, sistemas y fuentes)*. Imprenta de Estanislao Maestre. Madrid, 1924.

GONZÁLEZ ORDÓÑEZ. *Apuntes de Derecho Hipotecario*. Madrid, 1953.

LASARTE ÁLVAREZ. *Principios de Derecho Civil*. Tomo 5. Madrid, 1997.

MON PASCUAL, JUAN. *Los conceptos de tercero en el Derecho hipotecario*. Barcelona, 1924.

PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL. *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*. Signo. Barcelona, 1990.

### Artículos de revistas, ponencias y comunicaciones

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL. *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*. Balaños y Aguilar. Madrid, 1967. (Es tirada aparte de la RCDI., Vol. 463).

BALLESTER GINER, ELADIO. *El primero y el tercero*. RGD., Enero - Febrero 1982. Nº 448 - 449. Págs., 13 a 24.

BONET RAMÓN, FRANCISCO. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. CIVIL. II. Derecho de cosas*. RDP., Septiembre 1941. Nº 295. Págs., 404 a 408.

CÁNOVAS COUTIÑO, GINÉS. *Los principios hipotecarios en la Ley de 1861. Conferencia pronunciada por Villares Picó el 29 de marzo de 1952 en el Centro de Estudios Hipotecarios. Recensión*. RCDI., junio 1952. Nº 289. Págs., 466 a 477.

CARRETERO GARCÍA, TIRSO. *Retornos al Código Civil. Capítulo II. Retorno al art. 606*. RCDI., enero - febrero, 1965. Nº 440 - 441. Págs., 75 a 138.

CARRETERO GARCÍA, TIRSO. *Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado*. RCDI., Enero - Febrero 1974. Nº 500, Págs., 31 a 46.

CASADO PALLARÉS. *El tercero en nuestro sistema hipotecario*. Anales de la Universidad de Valencia, 1925 - 1926.

DUALDE, J. *Todavía sobre el concepto de tercero*. RDP., Mayo 1947. Nº 362. Págs., 341 a 356.

GARCÍA HERGUEDAS, MARÍA PURIFICACIÓN y GARCÍA ARANDA, CALIXTO. *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho*. RCDI., Mayo - Junio 1975. Nº 508. Págs., 591 a 626.

GARCÍA HERGUEDAS, MARÍA PURIFICACIÓN y GARCÍA ARANDA, CALIXTO. *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho. (Continuación)*. RCDI., Noviembre - Diciembre 1978. Nº 529. Págs., 1105 a 1148.

GARCÍA MONGE y MARTÍN. *El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación*. RDP., Octubre 1965. Tomo XLIX. Págs., 873 a 878.

GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *¿Inscripción declarativa o constitutiva?*. RCDI., Diciembre 1949. Nº 259. Págs., 787 a 793.

GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*. RCDI., Julio - Agosto 1952. Nº 290 - 291. Págs., 558 a 580.

GÓMEZ GÓMEZ, MANUEL. *En torno a la polémica Carretero - Roca*. RCDI., Marzo - Abril, 1966. Nº 453. Págs., 379 a 395.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, MANUEL. *Sentencias anotadas. Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia 26 febrero 1949*. ADC., Julio - Septiembre, 1949. Págs., 1231 a 1244.

GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española*. [Reseña bibliográfica de la obra "La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española", de Ana María Le Pelley.] RCDI., Enero 1932. Nº 85. Págs., 75 a 78.

GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, JERÓNIMO. *Principio de publicidad*. En *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Tomo I Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1948. Págs. 377 a 396.

GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario - Registrales: Sistema español*. ADC., Abril - Junio 1995. Págs., 527 a 694.

HERMIDA LINARES, MARIANO. *Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario*. RCDI., Septiembre - Octubre 1969. Nº 474. Págs., 1177 a 1224.

HERMIDA LINARES, MARIANO. *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1973.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO. *Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción. Comentario a la STS. de 4 de marzo de 1988*. ADC., 1989. Págs., 1349 y ss.

LACAL, PASCUAL. *Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema*. RCDI., Febrero 1931. Nº 74. Págs., 107 a 112.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE. *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del CC.* RCDI., Mayo - Junio 2002. Nº 671. Págs., 831 a 874.

LÓPEZ BURNIOL. *Función notarial y documento: exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad*. En: CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL. (5º. 1993. GRANADA). Ponencias (8 - 11 Octubre, Granada 1993). Talleres Bodonia. Granada, 1993.

LÓPEZ DE HARO Y PUGA, RAFAEL. *Otra definición del tercero hipotecario*. RCDI., Agosto 1940. Nº 147. Págs., 447 a 449. REDACCIÓN DE LA REVISTA. *Observaciones* [al artículo de RAFAEL LÓPEZ DE HARO Y PUGA, "Otra definición del tercero hipotecario"]. RCDI., Agosto 1940. Nº 147. Págs., 450 a 457.

LLAGARIA VIDAL, EDUARDO. *El tercero hipotecario protegido*. Lunes 4.30. Año 5; Nº 110; 1ª quincena octubre 1992. Págs., 21 a 43.

MARÍN MONROY, ANTONIO. *Algunas consideraciones sobre nuestra Ley Hipotecaria y el tercero*. RCDI., Diciembre 1940. N° 151. Págs., 694 a 709.

MERINO GUTIÉRREZ, ARTURO. *El tercero hipotecario y la anotación de embargo*. ADC., enero - marzo 1994. Págs., 91 a 120.

MORELL Y TERRY. *Tercero en la Ley Hipotecaria*. RGLJ., 1921. Tomo 139. Págs., 11 a 49.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. I. E. Reus. Madrid, 1953.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL. *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*. RDN., Julio - Diciembre 1962. N° 37 - 38. Págs., 103 a 140.

NÚÑEZ LAGOS. *La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad*. Revista Notarial, órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos - Aires, Mayo - Junio, 1965. Págs., 611 y ss.

NÚÑEZ LAGOS. *La evolución del principio de publicidad*. AAMN., 1965. Págs., 55 a 113.

PAU PEDRÓN, ANTONIO. *Comentario al art. 606 del C.c. en la obra del Ministerio de Justicia: Comentario del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz - Ares Rodríguez, Luis Díez - Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch. Tomo I. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993. Págs., 1532 a 1536.

PÉREZ ARDA, ENRIQUE. *El verdadero tercero de la Ley Hipotecaria*. RGLJ, 1909. Tomo 115 - 116. Págs., 452 a 461.

REZA, ALFREDO. *Falsas posiciones en la interpretación de los artículos 34 y 207 de la Ley Hipotecaria*". RCDI, 1950. N.º 264. Pág. 332 y ss..

DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. *La buena fe y la publicidad del Registro*. RCDI., Septiembre 1949. N° 256, Págs., 537 a 562.



RIVAS MARTÍNEZ. *Eficacia ofensiva de la inscripción registral; los arts. 32, 33 y 34 LH; la doble venta*. En: Derecho Hipotecario, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, Pág., 279.

SALDAÑA, JESÚS. *El tercero hipotecario*. RCDI., Mayo 1931. N° 77. Págs., 328 a 338.

URIARTE BERASÁTEGUI. *Inexistencia del tercero hipotecario*. RCDI.. N° 80, 1931, Págs., 561 a 576; N° 81, 1931, Págs., 641 a 645; N° 82, 1931, Págs., 755 a 770; N° 84, 1931, Págs., 888 a 898; N° 85, 1932, Págs., 1 a 11.

URIARTE. BERASÁTEGUI, JOSÉ. *La nueva Ley Hipotecaria y el tercero*. RCDI, Julio 1946. N° 218, Págs., 451 a 459; Agosto - Septiembre 1946. N° 219 - 220. Págs., 554 a 566.; Noviembre 1946. N° 222. Págs., 679 a 694.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B. *Aclarando posiciones. (En torno al ámbito de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria)*. RCDI, 1950. N.º 266 - 267. Págs., 514 a 518.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*. RDP., XXXI, diciembre 1957. Págs., 391 y ss.. (Este artículo se recogió posteriormente en: VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. B. *Estudios sobre Derecho de cosas*. I. Temas generales. 2ª Edición ampliada. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1985. Págs., 403 a 469).

VENTURA - TRAVESET GONZÁLEZ, ANTONIO. *El tercero ante la Ley de 30 de diciembre de 1944*. RCDI., Julio - Agosto 1945. N° 206 - 207. Págs., 495 a 502.

VILLARES PICÓ, MANUEL. *La Ley Hipotecaria de 1861*. RCDI., 1960. Págs., 1947 y ss..

VILLARES PICÓ, MANUEL. *Recordemos en este Centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo*. RCDI., Septiembre - Octubre 1961. N° 400 - 401. Págs., 910 a 936.

VILLARES PICÓ, MANUEL. *La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción*. RCDI., marzo - abril 1966. Nº 453, Págs., 363 a 378.

VILLARES PICÓ, MANUEL. *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español*. Palencia, sin año.

## FUENTES

*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonfo el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*. Impreso en Salamanca Por Andrea de Portonaris, Impresor de su Magestad. Año. MDLV. Edición Facsimilar. 3 Volúmenes. Boletín Oficial del Estado. Reimpresión. Madrid, 1985.

*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. libros. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II. en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775: y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* Madrid, 1805. Edición Facsimilar. 6 Volúmenes. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1976.

### *Colección de Decretos:*

*Decretos del Rey Fernando VII.* Madrid, Imprenta Real, 1814. Continuado por: *Decretos de la Reina Ntra. Sra. Isabel II.* Madrid, Imprenta Real, 1834. Continuado por *Colección de Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos órdenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por los respectivos ministerios ....* Madrid, Imprenta Nacional, 1837. Continuado por *Colección legislativa de España*.

*Colección legislativa de España. (Continuación de la Colección de Decretos):*

*Colección legislativa de España.* Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, Ministerio de Gracia y Justicia, 1846 - 1891. Continuada por *Colección legislativa de España. Legislación y disposiciones de la Administración Central.* Ministerio de Justicia. Madrid. Revista de Legislación, 1891 - 1959. Continuada por *Colección legislativa de España. Disposiciones generales. Legislación y disposiciones de la Administración Central.* Ministerio de Justicia. Madrid. BOE., 1969 - 1976. Continuada por *Colección legislativa de España. Disposiciones generales.* Ministerio de Justicia. Madrid. BOE., 1973 - 1976. Continuada por *Disposiciones generales (BOE).* Ministerio de Justicia. Madrid, BOE., 1976. (Bimestral).

*Guía de la Real Hacienda, 1823 - 1850.* 39 Volúmenes. Imprenta de Don Miguel de Burgos. Madrid, 1827 - 1851.

*Documentación del Archivo de la Comisión General de Codificación:*

- Actas de las sesiones celebradas desde el día 4 de marzo de 1846 a 17 de septiembre de 1848. Antiguo legajo 12 Código Civil. Actualmente, LEGAJO 6 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926. Archivo de la Comisión General de Codificación.
- Actas de las sesiones celebradas desde el día 1 de febrero de 1849 a 14 de mayo de 1850. Las actas se corresponden con la mitad del antiguo legajo 13 Código Civil. Actualmente, LEGAJO 7 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926.
- Actas de las sesiones celebradas desde el día 15 de mayo a 20 de diciembre de 1850. Las actas se corresponden con la 2ª mitad del antiguo legajo 13 Código Civil. Actualmente, LEGAJO 8 de las Actas consecutivas transcritas en limpio desde octubre de 1844 a diciembre de 1926.
- CÓDIGO CIVIL, LEGAJO 10. TRABAJOS PROYECTO CÓDIGO CIVIL 1851. Carpeta 5, Documento único: De la hipoteca y registro público: tres

ejemplares del manuscrito A, uno del B, otro del C; diversas observaciones sobre esta materia.

*Ley Hipotecaria, Reglamento General para su ejecución e instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro.* Edición Oficial. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1861.

*Ley Hipotecaria reformada, y reglamento general para su ejecución.* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Edición Oficial. Madrid, 1870.

*Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909.* Imprenta de José Fernández Arias. Edición Oficial. Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1909.

*Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de Cárdenas, Vocal de ella, y seguida de varios Apéndices que comprenden muchos informes, exposiciones y proyectos inéditos de la misma Comisión.* Publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1871.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO. *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la Novísima Legislación de España Peninsular y Ultramarina.* 4ª Edición. Madrid. 1886 - 1954.

ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución.* VI Tomos. Editorial Castalia. Madrid, 1989 - 1991.

*Derecho Civil. Legislación hipotecaria.* 5ª Edición, actualizada a septiembre de 2001. Edición preparada y anotada por CUADRADO IGLESIAS, MANUEL; GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER. Mc Graw Hill. Madrid, 2001.

*Leyes Hipotecarias*. 6ª Edición. Concordancias y Notas a cargo de CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, con la colaboración de HELENA DíEZ GARCÍA. Aranzadi Editorial, 2001.

## DICCIONARIOS

NELSON NICOLIELLO. *Diccionario del latín jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocados y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del Derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*. José María Bosch Editor. Julio César Faira, Editor. Barcelona, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua castellana reducido a un tomo para su más fácil uso*. Facsímil de la primera edición (1780). Introducción de Manuel Seco. Madrid, 1991.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 19ª Edición. Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa - Calpe, S.A.. Madrid, 1970.

*Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo - Americana*. 70 tomos, 10 apéndices, 30 suplementos, apéndice A - Z, índice 1934 - 1980 e índice 1934 - 1996. Espasa - Calpe, S.A. Editores. Madrid, 1908 - 1998.

## **ANEXO**

### **DOCUMENTACIÓN DEL ARCHIVO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN<sup>1</sup>**

- **PORTADA del LEGAJO 10, CARPETA 5, DOCUMENTO 1**
- **MANUSCRITO A1: arts. 92 a 101**
- **MANUSCRITO A2: arts. 91 a 104**
- **MANUSCRITO A3: arts. 92 a 101**
- **MANUSCRITO B: arts. 94 a 105**
- **MANUSCRITO C: arts. 82 a 93**

---

<sup>1</sup> Mantenemos en el Anexo la ordenación original de los Manuscritos, tal y como se encuentran en el Archivo.

*I.*

*Proyecto de Código Civil de 1851.*

---

*Títulos*

*De la hipoteca y registro público.*

---

COMISION DE CODIGOS	
Proyecto n.º	_____
Legajo	16
Carpeta	5
Docto.	1

Copia Original

Titulos

De la hipoteca y registro publico.

Redactados por el

V. L. L. L. L.

Secretario

Manuscrito A.

Tiene 132 años en total

17 de 19 leg. 54.4

17 de 19 leg. 73.4

Preservado a la Comisión en Mayo de 1848.



Nota.

Entendrán por un acto en sí mismo.  
 La inscripción no se evalúa por falta  
 de forma, siempre q. resulta de ella que  
 tal expresión q. el q. reclama la nula.  
 No haya podido encontrar en ella el ex-  
 aminante necesario p. no ser introducido  
 en error. En todo caso el fin del re-  
 gistro inscripcional es registrar la cosa  
 por cualquier causa.

registrar la inscripción a cargo de los bienes tan-  
 tos, se inscriben de oficio, si no ha sido  
 reguladas en contrario.

Capítulo 3.

De los efectos de la inscripción.

Art. 92

Cualquier título translativo de propiedad de  
 bienes raíces i constitución de cualquier  
 otro derecho real sobre los mismos bienes, una  
 vez que existe, tiene efecto desde el momento en  
 q. ha sido inscrito en el registro, en el caso  
 de inscribirse antes la inscripción de q. se ha  
 tomado el asiento, escríbase en el art. 137.

Art. 93

Cuando el propietario enajena una mi-  
 sma finca raíces i diferentes personas p.  
 actos distintos, perteneciendo la propiedad al ad-  
 quiriente q. haya inscrito antes su título.

Art. 94

Cualquier otro derecho real inscrito  
 contra el que aparece del registro, pro-  
 pietario de los bienes sujetos al mencionado  
 derecho, i inscrito en su momento, sobre q. se  
 contra cualquier título, anterior a dicha  
 inscripción, no registrado en el oficio, en  
 libro i registrado con posterioridad.

Art. 95

La preferencia entre las precedentes de  
 derechos reales sobre una misma finca  
 se regulará p. la prioridad de su inscrip-

Entiende esta cita con el art. 137.

Nota.

Pueden inscribirse otros cuantos  
 reales i entran en el art. 92 y 93.

cion en el registro publica  
 Los embargos en caso de muerte, los  
 acreedores del difunto y sus legatarios  
 q.<sup>a</sup> hayan tomado la inscripcion en con-  
 formidad a lo dispuesto en el art.<sup>o</sup> 60  
 entorpecen en cuanto a los bienes de la  
 herencia a los q.<sup>a</sup> traigan derecho del  
 heredero aunque lo hagan inscripto con  
 anterioridad.

Art.<sup>o</sup> 96.

El tutor q.<sup>a</sup> sufra perjuicio p.<sup>o</sup> la ge-  
 neralidad de lo dispuesto en el articulo  
 de los cuatro articulos anteriores, o de  
 de accion personal contra el propietario  
 o obligato p.<sup>o</sup> cuyo hecho su dolo o ne-  
 gligencia o mala fe, o negligencia de la  
 accion de nulidad q.<sup>a</sup> pueda correccion.  
 Debe contestar al adquirente de cual-  
 quier de los derechos mencionados en  
 conformidad a lo dispuesto en...  
 (obligaciones), y sin perjuicio  
 tambien de lo p.<sup>o</sup> prescribe el codigo  
 penal (estafas.)

Art.<sup>o</sup> 97.

Queda q.<sup>a</sup> se haga en el registro publica  
 cualquiera de las inscripciones de q.<sup>a</sup>  
 trata el art.<sup>o</sup> 96, se hara ninguna  
 otra inscripcion en la cuenta de las  
 personas q.<sup>a</sup> de la presente remiten  
 inscripciones por enagenar o no en los  
 casos y previas de formalidades exigidas  
 por la ley las inscripciones q.<sup>a</sup> se hiciere

no de otro modo como antes, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado del registro.

### Art. 98

Todo lo dispuesto en el presente capítulo es aplicable al derecho hipotecario sin perjuicio de lo q. especialista o de otra determinación en cuanto a los efectos de la hipoteca en el cap. 6.º (Hipotecas).

### Capítulo 6.º

~~~~~

De la extinción de la inscripción

### Art. 99

La inscripción o anotación de derechos sin necesidad de cancelación inmediatamente expira el término fijado a su duración, salvo el título constitutivo del derecho inscrito, así como las inscripciones mismas, cuando el dicho término consta de una manera precisa y clara.

Solamente en este último caso puede oponerse al tercero de buena fe la extinción del derecho no cancelado en el registro público.

### Art. 100

La inscripción se extingue en todo cuando la cancelación.

La cancelación debe hacerse o continuarse por la inscripción cancelada.

### Art. 101

La cancelación debe hacerse por el mismo modo de las puestas intermedias en las

Copia Colegada

Titulos

de la hipoteca y registro publico

Redactados por el Sr.

Lorenzo

Manuel Az.

Libro 132 con pocas notas, en  
la libreria de la imprenta  
con el Code

Alcance del dominio del arrendatario,  
pero en todo caso debe tenerse presente la sujeción  
al modo de pagarla y la duración del  
contrato.

Art.º 91.

Nota.

Cuando del título de mutación de posesión

conviene poner en este sentido  
La inscripción no se anula por  
falta de forma, siempre q. resulte  
clara en tal expresión q. al q. se  
clama la unidad haya podido en-  
contrar en ella el conocimiento ne-  
cesario y no sea inducido en error.  
En todo caso el tenedor del registro  
incurre en responsabilidad y  
cualquiera falta.

que resultará un derecho real de los  
regentes o inscripciones o campo de los bienes  
transferidos, se inscribirá de oficio, si no  
hubiera inscripción en contrario.

### Capítulo 5.º

De los efectos de la inscripción.

Art.º 92.

Cualquier título translativo de propiedad  
de bienes raíces o constitutivo de cualquiera  
otro derecho real sobre los mismos bienes,  
cuando afecta con terceros, sólo debe  
al momento en que ha sido inscrito  
en el registro público, se considerará hecha  
la inscripción de este y se ha tomado el asen-  
to previsto en el art.º 187.

Cótese esta cita con el art.º 110.)

Art.º 93.

Cuando el propietario enajena uno o más  
bienes raíces a diferentes personas

Nota.

Siendo refundidos otros y anteriores  
realizaciones contenidas en el  
94 y 101.

por notas distintivas, pertenecen la propiedad  
al adquirente q. haga inscripción antes  
título

Art.º 94.

Cualquier otro derecho real adquirido con-  
tra el q. aparece del registro propietario  
de los bienes sujetos al mencionado

recho, o inscripta en su cuscita, notes  
efecto contra cualquier título, an-  
terior a dicha inscripción, no repi-  
tado en el oficio publico, o de pinto  
de en posterioridad.

Art.º 95

La preferencia entre los precedores  
de derechos reales sobre una misma  
cosa, se regulará por la prioridad  
de su inscripción en el registro publico.  
En embargo en caso de muerte de  
los acreedores del difunto, y en legiti-  
mos q. hayan tomado la inscripción  
en conformidad a lo dispuesto en el  
art.º 80 entran en cuanto a los  
hechos de la sucesión a los que  
tengan derecho del heredero aunq.  
la hayan inscripta con anterioridad.

Art.º 96

El tenen q. en la posesión por  
la aplicación de lo dispuesto en  
cualquiera de los cuatro artículos  
anteriores gozará de acción, y acción  
contra el propietario o obligando p.  
cuyo hecho ha sido expresamente  
denegado, sin perjuicio de la acción de  
validad que pueda corresponder  
la contra el adquirente, de cual-  
quiera de los derechos mencionados  
en conformidad a lo dispuesto en  
(obligaciones) y en  
perjuicio tambien de lo q. presu-

ende el código penal. (art. 97.)

Art. 97.

Queda g.<sup>a</sup> a cargo de el registro público el  
guiso de las inscripciones de g.<sup>a</sup> tanta el  
ante q.<sup>o</sup> no se han ninguna otra inscrip-  
cion en la cuenta de las personas q.<sup>o</sup> de la  
primeros resultados incapaces para enagenar  
sino en los casos y personas las formalidades  
exigidas por la ley las inscripciones q.<sup>o</sup>  
no hicieron de otro modo como en las  
sin perjuicio de la responsabilidad de  
tenedor del registro.

Art. 98.

Toda lo dispuesto en el presente capi-  
tulo es aplicable al derecho hipotecario  
sin perjuicio de la g.<sup>a</sup> especializada en  
habla determinando en cuanto a la g.<sup>a</sup>  
de la hipoteca en el cap. 5.<sup>o</sup> (Hipoteca)

## Capítulo 6.<sup>o</sup>

~~~~~

De la extincion de las inscripciones

Art. 99.

La inscripcion se extingue de derecho  
sin necesidad de cancelacion inmediata  
mente q.<sup>o</sup> expira al termino fijado a su  
duracion segun el titulo constitutivo del  
derecho inscripto, sea en la inscripcion mis-  
ma, con tal q.<sup>o</sup> dicho termino conste de  
una manera precisa y clara.

Alamente en este ultimo caso puede

oponere al Tercero de buena fe la  
extinción del derecho no cancelada  
en el registro público.

Artº 100.

La inscripción se extingue en todo caso  
por la cancelación.

La cancelación debe hacerse a con-  
tinuación de la inscripción cancelada.

Artº 101.

La cancelación debe hacerse por allana-  
miento de las partes intervinientes en la  
inscripción, siempre q<sup>ue</sup> tengan capa-  
cidad para enajenar sus bienes y que  
se unanimes consentimiento de todas  
por escrito. Si el allanamiento es indi-  
vidual no se cancelará la inscripción  
hasta que se cumpla la condición.

Artº 102.

Los Jueces de buena ordena la cancela-  
ción a instancia de cualquiera interesado.  
1.º Cuando la inscripción se hizo sin  
título, o por un título nulo o q<sup>ue</sup> no  
debía ser inscripto.

2.º Cuando el derecho inscripto se haya  
extinguido legalmente.

Artº 103.

El Tenedor del registro hará la cancela-  
ción, aunq<sup>ue</sup> no sea consentida unani-  
memente por las partes ni ordenada  
por los Tribunales en los casos segui-  
entes:

1.º La inscripción de propiedad se



cancelará en la cuenta del J. la transacción  
al tiempo mismo en que se inscribe la adque-  
sición en la cuenta de quien la obtiene.

2.<sup>a</sup> La inscripción hecha en favor del  
vendedor por el precio que se le pagó al  
deber se cancelará si se acreditare en forma  
auténtica el pago de la inscripción hecha  
legalmente.

3.<sup>a</sup> Todas las inscripciones del derecho de  
potestario y de usufructuario de los com-  
prendidos en el artículo 26 se cancelarán  
cuando se presenten en título auténtico  
que justifique la confusión de la propiedad  
de los bienes gravados y del derecho asig-  
nado sobre ellos en una misma persona.

4.<sup>a</sup> La inscripción de usufructuario de los  
incapacitados de que tratan los artículos  
28 y 29 se cancelará cuando se presente  
al acto o providencia en forma auténtica  
que acredite haber cesado la incapacidad.

## Capítulo 7.<sup>o</sup>

### De la anotación preventiva

Art. 1.<sup>o</sup> de L.

El J. que demande en juicio sobre la pro-  
piedad de bienes raíces o algún otro derecho  
real sobre los mismos, o en solicitud de J.  
se inscriba o deduzca una inscripción, cuando  
hacera antes su demanda en el registro pu-  
blico, siempre que al tiempo J. comence de  
ella lo mande a su instancia, si lo estimar  
justo. También se podrán registrar la sucesión

Titulos.  
De la hipoteca y registro pu-  
blico redactados por el Sr.

viaga



Art. 167 del tit. de arrendamientos p. de los arren-  
dados tener presente en el de privilegios  
e hipotecas.

El arrendador tiene obligado a su  
favor p.º al pago de la renta y de los  
deteriores de la finca todas las cosas q.  
encontrare en ella y estar en posesion  
del arrendatario.

En los predios rústicos tambien  
estara afectos al pago de los frutos  
de la tierra.

**Manuscrito A3**

1 de mayo de 1885 con...



hacera a los p. tengan derecho del her-  
edo, aunq. lo hayan inscrito con anterioridad

Art. 96.

El tenedor p. cualquier perjuicio por la ad-  
quisición de lo dispuesto en cualquiera de  
las inscripciones anteriores por la de  
acción personal contra el propietario o  
obligado por suyo hecho anterior aponien-  
tado deudo, sin perjuicio de la acción de  
nullidad p. nulla con respecto a contra el  
adquiriente de cualquiera de los derechos  
mencionados en conformidad a lo dispuesto  
en... (obligaciones) y sin perjuicio  
tampoco de lo que prevalece al respectivo  
personal (interfer.)

Art. 97.

Quanto p. se haga en el registro publico  
cualquiera de las inscripciones de que  
trata el art. 90 no se hará ninguna otra  
inscripción en la inscrip. de las p. para-  
nas p. de la primera inscripción inscrita  
p. enagajar caso en los casos y personas  
las formalidades exigidas por la ley las  
inscripciones que se hicieren de otro modo  
serán nulas, sin perjuicio de la respon-  
sabilidad del tenedor del registro.

Art. 98.

Todo lo dispuesto es al presente aplicable  
salvo al derecho hipotecario sin perjuicio  
de lo q. se previene en la ley de determinación  
en cuanto a los efectos de la hipoteca  
en el art. 80. (hipotecario).

## Capítulo 6º



De la extinción de la inscripción.

### Artº 99.

La inscripción se extingue de derecho sin necesidad de cancelación inmediatamente después del término fijado a su duración en el título constitutivo del derecho inscrito, pero en la inscripción nacional, así tal que dicho término consiste de una manera precisa y clara.

Solamente en este último caso puede generarse al término de dicho la extinción del derecho no cancelado en el registro nacional.

### Artº 100.

La inscripción se extingue en todo caso por la cancelación.

La cancelación debe hacerse a continuación de la inscripción cancelada.

### Artº 101.

La cancelación debe hacerse por el mismo sujeto de los partes intervinientes en la inscripción, o por el que tenga capacidad para obligarse por sí mismo, y esto en un mismo consentimiento de todas las partes. Si el consentimiento es condicional no se cancela la inscripción hasta que se cumpla la condición.

### Artº 102.

Los tribunales deben ordenar la cancelación.

~~C. Delgado~~ Original

Títulos

De la hipoteca y registro publico  
Aprobados por la Sección de  
Código civil

Manuscrito B

Tiene 134 arts. hipotecas  
y notas incruce.

{ Tel 40 Hipot : 55 arts.  
{ 1120 Reg pub : 79 "

de alguno o algunos de los requisi-  
tos siempre que recuten dicha con-  
dición, apreciada que el que sufra en  
la realidad, haya perdido o encontrado  
en ella el correspondiente necesario  
para no ser inducido en error.  
En todo caso el tenedor del regis-  
tro incurrirá en responsabilidad  
por cualquier falta.

## Capítulo 2º

### De los efectos de la inscripción

#### Art. 1º

El primer título traslativo de pro-  
piedad de bienes raíces o consti-  
tución de cualquiera otro derecho real  
sobre los mismos bienes sufre efecto  
contra terceros sino desde el momen-  
to en que ha sido inscrito en el  
registro público. Se considera he-  
cha la inscripción desde que se ha  
formado el asiento presento en el  
art. 1º b.

Quengase la restricción correspondiente a  
la inscripción en el art. 1º 2º.

#### Art. 2º

Cuando el propietario enajena uno  
o varios bienes raíces a diferentes per-  
sonas por actos distintos, pertenece  
la propiedad al adquirente, y no  
haya inscrito uno de los títulos.

#### Art. 3º

Cualquiera otro derecho real adqui-  
rido contra el que aparece del re-  
gistro propietario de los bienes su-  
jeto al mencionado derecho, o  
inscrito en su cuenta, sufre efecto  
contra cualquier título anterior.

Aviso es inscrito en el reg. y lo deple. 1º b. contra el que aparece del re-  
gistro propietario de los bienes su-  
jeto al mencionado derecho, o  
inscrito en su cuenta, sufre efecto  
contra cualquier título anterior.

## Art. 91.

La preterencia entre los precedores de derechos reales sobre unos mismos bienes, se regula por la prioridad de su inscripción en el registro público.

Sin embargo, en caso de muerte, los herederos, test. el testamento y sus legatarios que hayan tomado la inscripción, no confor. a lo dispuesto en el art. 89, excluyen en cuanto a los bienes de la herencia a los que traigan derecho del heredero, aunque lo hayan inscrito con anterioridad.

## Art. 92.

El tercero que expresa perjuicio por la aplicación de lo dispuesto en cualquier una de las cuatro últimas anteriores, a la base de acción personal contra el propietario o obligado, por cuyo hecho han sido separados de la cosa, con perjuicio de la acción de nulidad, que peca a corresponderle contra el adquirente de cualquiera de los derechos mencionados en conformidad a lo dispuesto en el cap. 6º del libro 1º de este código, y en perjuicio también de lo que prescribe el art. 2º de la ley de 18 de Mayo de 1861, Art. 11. del Código penal.

## Art. 93.

Desde que se haga en el registro público cualquiera de las inscripciones de que trata el art. 91, no se han ningunas otras inscripciones en la cuenta de los precedores que de la primera resulten incapaces para oponerlos sino en los casos y por las formalidades exigidas para la ley: las inscripciones que



de hipoteca de otro modo cesan ma-  
las, sin perjuicio de la responsabi-  
lidad del Vendedor del registro.

Art. 1.º

Todo lo dispuesto en el presente  
capítulo es aplicable al derecho hi-  
potecario sin perjuicio de lo que  
especialmente se halla determina-  
do en cuanto a los efectos de la  
hipoteca en el cap. 6.º hipotecario.

## Capítulo 1.º

### De la extinción de la inscripción.

Art. 1.º

La inscripción se extingue de den-  
cho sin necesidad de cancelación  
cuando interviene alguna de las  
causas fijadas a las obligaciones, con  
el fin de constituir el derecho  
inscrito, con en la inscripción misma.  
mas con tal que dicha terminación  
sean de una manera expresa y  
clara.

Presumiendo en este último caso  
puede ignorarse al tenor de buena  
fe la extinción del derecho no can-  
celado en el registro público.

Art. 2.º

La inscripción se extingue en todo  
caso por la cancelación.

La cancelación debe hacerse  
a continuación de la inscripción  
cancelada.

Art. 3.º

La cancelación debe hacerse por

abandono de las partes interesadas  
en la inscripción, siempre que tengan ca-  
pacidad para sufragar las costas y  
coste el comprobante concientemente en  
esta pública. El abandono es  
condicional; no se cancela la inscrip-  
ción hasta que se cumpla la condicional

Art. 101.

Los tribunales deberán ordenar la cancelación a instancias de cualquier interesado.  
1.º Cuando la inscripción se hizo sin título o por un título nulo o que no deba ser inscrito.  
2.º Cuando el derecho inscrito se haya extinguido legalmente.

Art. 102.

El tenedor del registro hará la cancelación a solicitud de la parte interesada, inmediatamente por los partes si ordenado por los tribunales en los casos siguientes:  
1.º La inscripción de propiedad se cancela en la cuenta del que la transfiere al mismo tiempo en que se inscribe la adquisición en la cuenta de quien la obtiene.

2.º La inscripción hecha en favor del vendedor por el precio que a la fecha se debe o cobrará, si se acredita en forma auténtica el pago o la consignación hecha legalmente.

3.º Todas las inscripciones del derecho hipotecario y de cualquiera de los trascendidos en el art. 92 se cancelan cuando se presente un título auténtico que justifique la confusión de la propiedad de los bienes gravados y del derecho inscrito sobre ellos en una misma persona.

4.º La inscripción de cualquiera de

L. 2.

Huila



26.

De la Supotica y registro publico,  
segun ha quedado en la entrega y defi-  
nitiva terminacion por la Arreion de lo dego  
Bark

Mamucrito C.

Tiene 117 nts, 5 lps. / 12 nts.  
Anclon, nota, margin  
- Tit. 19 lps. 42 nts.  
- 25 Reg. pub. 75

Art. 82

Remate del título de sujeción de  
propiedad inmueble alguna de  
las hipotecas legales contrasdas  
en los Art. 1.º y 2.º del Código, presentando  
(Prestando) del Art. 6.º a cargo de  
los bienes transferidos, la suma con-  
tra de oficio <sup>se</sup> cancela, con inscripción de  
cancelación de propiedad la inscrip-  
ción de la hipoteca de dichos bienes.

Art. 83

La inscripción se cancela por  
falta de alguno o algunos de los  
requisitos contrasdos en esta capi-  
tulo (Párrafo) que se está haciendo con  
tal expresión que el que extingue  
la entidad legal queda cancelada  
por la sucesiva inscripción de comen-  
tarios sucesivos, pero no por can-  
celación en sí. En todo caso el teni-  
dor del título incurra en respon-  
sabilidad por cualquier falta.

Párrafo 3.º

De los efectos de la inscripción

Art. 84

El registro de los títulos legales  
a inscripción (legales) se dispensa  
en el Párrafo 2.º. El efecto cancela-  
torio, desde el momento  
en que sea sido inscrito en el regis-  
tro público; para la parte de  
la inscripción contra los títulos

2.º. Párrafo 2.º. El efecto cancela-  
torio, desde el momento  
en que sea sido inscrito en el regis-  
tro público; para la parte de  
la inscripción contra los títulos

See attached document for more  
information.

Se considera hecha la en-  
comienda desde que se ha trans-  
currido el tiempo prescrito en el  
art. 109 mientras en la Guaya her-  
ta continúan prescindiendo en el art. 72.º de la  
Ley 50.

Quando el propietario en-  
genia suya, o suya de bienes  
inmuebles,  
a los diferentes personas por  
actos distintos, produce la pro-  
piedad al adquiriente que  
haya sujeta estos de t. t. t.  
E. B.

La profesora Dña Sab  
accedores hipotecarios y de  
tasas adguirientes de casales  
guerra estar desechado todo  
lo for mucho sesionado de  
necesidades, se regulará por la  
potestad de Un. en compen  
en el negocio público.

~~Ardenburgo en casa a~~  
~~marcote los expedientes de~~  
~~defensas y sus legaciones ya~~  
~~hayan tirado la inscripción~~  
~~en conformidad a lo dispuesto~~

Desa el año 4 de la tarde (ver) se en el día. Se desayunan en  
brando alba pienso de la tierra  
en) a los que trabajan durante  
del (espaldar) <sup>en</sup> con la baya  
descofite con agua corralada.

Heidi Lomardi

guide:

Art. 87.

Sumando de lo dispuesto en el  
 art. anterior, se agregan a los  
 en la que se haya en  
 este, los derechos y deb. que en au-  
 sidad de pto. concede la ley, tales  
 como la sucesion y sucesion de  
 las donaciones (art. donaciones) la  
 sucesion de los contratos bitatu-  
 les (obligacion) y otros semejantes  
 art. 88.

Debe que se haga en el regu-  
 los publicos yulgares de las sus-  
 cripciones de que trata el art. 33. en  
 se han suscripcion de inscripción  
 por obligaciones de las personas  
 que resultan incapaces <sup>contractos</sup> para  
 pagar, sino en los casos y pro-  
 sian las formalidades de enge-  
 nado por la ley; las inscripciones  
 que se hicieran de otro modo son  
 nulas, sin perjuicio de la represen-  
 tacion del tenedor del regu-  
 lo.

744  
 22  
 27  
 211  
 10  
 58, 59, 60  
 26  
 83, 126

Lo dispuesto en este art. es  
 aplicable a las obligaciones <sup>de</sup> <sup>de</sup> <sup>de</sup>  
 que <sup>de</sup> <sup>de</sup> <sup>de</sup>  
 Civiles o los sucesores, <sup>de</sup> <sup>de</sup> <sup>de</sup>  
 de <sup>de</sup> <sup>de</sup> <sup>de</sup>  
 sucesores.

Art. 89.

De la extincion de la inscripcion  
 art. 89.

La inscripcion se extingue de  
 derecho con necesidad de cance-  
 lacion inmediatamente por el  
 pta. el <sup>de</sup> <sup>de</sup> <sup>de</sup>  
 dacion; sea en el <sup>de</sup> <sup>de</sup> <sup>de</sup>

delativo del derecho sucesivo  
 sea en la inscripción sucesiva  
 con tal que dicho derecho sea  
 de una sucesión por causa  
 de herencia.

(Sólomente en este caso  
 puede oponerse al tenor de  
 la inscripción del ob-  
 jeto no cancelado en el regis-  
 tro público).

Artº 90

La inscripción se extingue  
 en toda caso por la cancela-  
 ción.

Artº 91.

La cancelación puede he-  
 cerse por abrenunciación de la  
 parte interesada en la in-  
 scripción, siempre que ten-  
 ga capacidad para ena-  
 gajar sus bienes y conde-  
 narse en consecuencia a la  
 custodia pública. Si el  
 abrenunciante es condicional  
 no se cancelará la inscrip-  
 ción hasta que se cumpla  
 la condición.

Artº 92

Los trámites deberán orde-  
 nar la cancelación a instan-  
 cia de cualquiera interesado.  
 1º Cuando la inscripción  
 tiene sus títulos o por con-  
 to o que debe ser inscrita

318-119

2.º Cuando el derecho inventado  
se haya extinguido legalmente.  
art.º 33

El titular del registro hará  
de oficio la cancelación, aunque  
no sea con esta sola inscripción,  
por las partes en ordenada por el  
tribunal en los casos siguientes:  
-los:

1.º Al mismo tiempo que se in-  
scriba la transmisión del propie-  
dad en favor del que la adquie-  
re se cancelará la inscripción del  
que la enajenó.

2.º La inscripción de los lu-  
gares legalmente comprados en  
los arts. 1.º, 2.º y 3.º del art.º 6. se cance-  
lará si se acreditare en forma au-  
téntica el pago o la consignación  
hecha legalmente.

3.º Entre las inscripciones del  
registro hipotecario y de cualquier  
otra de las comprendidas en el art.º 3.º  
se cancelarán cuando se presente  
un título auténtico que justifique  
la confusión de la propiedad de  
los bienes gravados y del derecho  
inscrito sobre ellos en una misma  
persona.

4.º La inscripción de cualquier  
otra de las providencias judiciales  
de que trata el art.º 3.º se cancelará  
cuando se presente en forma au-  
téntica una providencia que acredite la  
barrida de los efectos de la inscripción.